



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

Legalidade procedimental e discricionariedade instrutória.

Um olhar sobre o procedimento Administrativo Angolano, na perspectiva garantística

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIZAÇÃO: CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Moreira Janeiro Mário Sapalo Lopes

LISBOA

2017

Legalidade procedimental e discricionariedade instrutória.

Um olhar sobre o procedimento Administrativo Angolano, na perspectiva garantística

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor David Duarte.

Moreira Janeiro Mário Sapalo Lopes

Lisboa

PLANO DA DISSERTAÇÃO.

I.INTRODUÇÃO.

PARTE I- PARTE I: O Procedimento Administrativo, enquanto meio de exercício da função Administrativa. Incompreensões.

PARTE II- PARTE II. Da construção à destruição. As fases de um procedimento hipoteticamente justo. O Decreto-Lei 16 a/95.

PARTE III- Parte III.O posicionamento do particular. Um olhar sob as garantias procedimentais. Caminhos para construção de uma Administração paritária em Angola.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS.

AAFDL- Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

AN- Assembleia Nacional

CE- Constituição Espanhola

CF- Constituição Federal Brasileira

CLS- Critical Legal Studies

CPC- Código de Processo Civil.

CRA- Constituição da República de Angola.

CRP- Constituição da República Portuguesa.

GG- Lei fundamental da República Federal Alemã.

LCA- Lei Constitucional de Angola.

LOTIC- Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

LPC- Lei do Processo Constitucional.

TC- Tribunal Constitucional

TCFA- Tribunal Constitucional Federal Alemão

Resumo

O presente trabalho aborda questões ligadas ao Direito Administrativo angolano particularmente o regime jurídico do Procedimento Administrativo, com objectivo de o analisar e contribuir para eventuais reformas, cuja urgência é diariamente evidenciada nas relações que os cidadãos estabelecem com a Administração Pública Angolana.

Palavras-chave: Direito Administrativo- Procedimento Administrativo- Direitos fundamentais- Relação jurídico-administrativa- Legalidade- Discricionariedade- juridicidade.

Abstract

The present work deals with issues related to Angolan Administrative Law, particularly the legal regime of the Administrative Procedure, whose objective is to analyze it in order to contribute to eventual reforms, whose urgency is evidenced every day in the relations established by citizens with the Angolan Public Administration.

Key words: Administrative Law - Administrative Procedure - Fundamental Rights - Legal-administrative relationship - Legality - Discretion - legality.

Introdução.....	8
PARTE I: O Procedimento Administrativo, enquanto meio de exercício da função Administrativa. Incompreensões.....	9
1. Denominação e problematização.....	20
2. Relevância do Procedimento Administrativo, no contexto da função Administrativa.....	30
3. Legalidade vs. Discricionariedade.....	46
3.1. Os caminhos rumo à juridicidade. Subsídios para sua compreensão no confronto com a legalidade.....	61
3.2. Os caminhos da discricionariedade, face à juridicidade.....	69
3.3. O Controlo da discricionariedade.....	80
3.3.1. Negação ao controlo do poder judiciário. O Activismo Judiciário.....	97
3.3.2. O lugar da ponderação no controlo judicial dos actos discricionários.....	106
3.3.2.1. A Teoria da Argumentação, como ponto alto do controlo.....	113
PARTE II. Da construção à destruição. As fases de um procedimento hipoteticamente justo. O Decreto-Lei 16 a/95.....	121
1. Os contornos da Instrução.....	139
2. . O Decreto-lei 16ª/95, avanços e recuos.....	161
2.1. O Contexto da criação do Decreto-lei 16 A/95.....	161
2.2. Os principais pecados do procedimento Administrativo no decreto 16-A/95.....	169
a. O problema do conceito legal de Procedimento Administrativo.....	170
b. Os conceitos indeterminados no Decreto-lei 16-A/95.....	171
c. Algumas “pontas soltas” referentes ao Procedimento no Decreto-lei 16-A/95.....	175
d. Dispensa da audiência dos interessados, crónicas de um destino anunciado.....	183
e. O Evereste do procedimento, a decisão.....	207

3. Presunções dos efeitos das decisões. O Indeferimento como regra.....	210
4. Morfologia do Deferimento tácito.....	219
Parte III.O posicionamento do particular. Um olhar sob as garantias procedimentais.	
Caminhos para construção de uma Administração paritária em Angola.....	228
1. Particular ou Administrado. Entre a passividade e dinâmica.....	230
2. Os Direitos fundamentais dos particulares consagrados na CRA.....	236
3. Efectividade das garantias dos particulares no procedimento Administrativo...	240
4. A transversalidade do Direito à informação no Procedimento Administrativo. O Decreto em revista.....	257
5. A relação Jurídica administrativa como instrumento de realização dos Direitos e interesses dos particulares no Procedimento Administrativo. Caminhos para construção de uma Administração paritária em Angola.....	263
IV. Conclusões.....	275
V. Bibliografia.....	278

INTRODUÇÃO

O trabalho que aqui desenvolvemos, tendo em conta o pioneirismo que representa, no tratamento destas matérias no ordenamento jurídico Angolano pretende apenas lançar as bases para futuras discussões acerca da institutos ligados ao Direito Administrativo, com particular enfoque para o Procedimento Administrativo.

Como resultado, iremos focar três aspetos essenciais do procedimento, nomeadamente; a legalidade e juridicidade, que nos permitirá em seguida, abordar o ângulo em que se coloca a discricionariedade. Num segundo momento pretendemos olhar para o Procedimento Administrativo angolano, com o objectivo de analisar o regime jurídico seus principais traços, porquanto, a esta altura já teremos abordado o problema dos elementos que devem integrar o procedimento para que ele seja considerado justo.

Para evidenciar o papel do cidadão nas relações com a Administração, analisamos na terceira parte, a relação jurídica-administrativa como elemento privilegiado do contacto entre a administração e os cidadãos que evidenciam a tendencial paridade entre ambos, e que apensar de tudo esta concepção está muito distante da nossa realidade, pelo que com a bordagem referida pretendemos provocar uma ampla discussão a respeito do tema.

Por fim, e para efeitos metodológicos cumpre asseverar que a maior parte das notas de rodapé resultam tal como sinalizadas de transposições integrais dos textos dos autores em causa, como forma de consolidar as posições apresentadas ou em alguns casos, trazer uma perspectiva diferente sobre o assunto abordado. Em relação ao corpo do texto, e caso haja dúvidas em torno da autoria de algumas ideias, devemos presumir que elas são dos autores citados, que por lapso ou outra situação foram mal referenciados.

PARTE I: O Procedimento Administrativo, enquanto meio de exercício da função Administrativa. Incompreensões.

Com o capítulo acima anunciado, pretendemos reflectir sobre os desafios que se colocam ao Direito Administrativo em geral, e ao Procedimento Administrativo em particular, porquanto este, é o instituto que melhor espelha a importância da Administração Pública e consequentemente do Direito Administrativo, num Estado de Direito.¹

A importância deste ramo começa a ser evidenciada desde logo, através da sua relação com o Direito Constitucional e com a constituição², na medida em que o Direito

¹ O Professor Paulo Otero é dos autores que melhor descreve e analisa a importância do Direito Administrativo no Estado moderno, falando a propósito do expansionismo do Direito Administrativo. “Num sistema jurídico cada vez mais administrativizado, observando-se a progressiva intervenção do Direito Administrativo em todos os sectores do ordenamento jurídico, enquanto expressão da multiplicidade de tarefas confiadas ao Estado nos mais diversos domínios, pode bem afirmar-se que o Direito Administrativo é um ramo de Direito expansivo e colonizador de todas as restantes disciplinas da ciência jurídica, mostrando uma intrínseca vocação imperialista”. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Tratado de Direito Administrativo especial Volume IV Almedina 2010.

² “De acordo com Bouboutt, o Direito Administrativo é uma espécie de irmão siamês do Direito Constitucional. Em nossos dias é cada vez mais necessária uma cooperação frutuosa entre a doutrina constitucional e a doutrina administrativa, pois o «Direito Administrativo actual existe, modifica-se e desaparece, tanto em sentido formal como em sentido material, em conjugação com - e indissociavelmente ligado ao – Direito Constitucional». O que é válido tanto para o Direito Administrativo substantivo, como o do procedimento, ou o do contencioso - qualquer deles ligado à Constituição por um cordão umbilical”. Vasco Pereira da Silva, Ventos de mudança no contencioso administrativo, Almedina 2005 p 63. Relacionada a esta ideia, temos a frase de Fritz Werner, que chamou o Direito Administrativo como Direito Constitucional concretizado. Diogo Freitas do Amaral, a Última lição, Almedina 2007, p 13. Ligada a ideia do relacionamento entre Direito Constitucional e Direito Administrativo: “O problema posto tem naturalmente a ver com as célebres teses de Otto Mayer – o Direito Constitucional passa e o Direito Administrativo permanece e de FARITZ Werner – o Direito Administrativo é o Direito Constitucional concretizado. Pois bem, ainda que a doutrina actual tenda a abandonar a tese de Mayer, que é preciso situar historicamente, a verdade é que ela continua válida, sobretudo, entre nós. Sem dúvida que a tese

Administrativo é o ramo que realiza de modo mais efectivo os comandos constitucionais, é só pensarmos em matérias como; direitos fundamentais³, modelo de estado, intervenção do estado na economia, intervenção do estado na protecção do ambiente, e tantas outras matérias, que resultam da concepção constitucional democraticamente adoptada, cuja execução é diferida à Administração Pública. Portanto, podemos afirmar que a constituição enquanto documento reitor e parametrizador de condutas num estado, não pode ser executada se não tivermos um aparelho administrativo devidamente preparado, que dê corpo aos objectivos que justificaram a sua criação, como pessoa colectiva de direito público⁴.

Importa referir que o estado enquanto conjunto de cidadãos que residem num território e que nele exercem o poder político, está geneticamente ligado ideia de bem comum cristalizado na satisfação das necessidades dos seus integrantes, na medida em que eles cedo perceberam que isoladamente não conseguiriam levar avante as suas pretensões, e que melhor seria unir-se aos demais, na satisfação das necessidades que eram comuns e transversais a todos eles. Assim, pensou-se na transferência para uma única entidade, da tarefa de realizar as necessidades colectivas dos membros da

de Werner é absolutamente pertinente e até indiscutível, mas é preciso ter em consideração (para além de influências históricas), que ela se refere a um ordenamento jurídico preciso, onde pontifica, entre outros aspectos, uma noção jurídica forte de interesse público, em que se relativizam os vícios formais do acto em favor da Administração e onde se admite até a fundamentação póstuma do acto administrativo. Aspectos e questões que não encontram paralelo no nosso ordenamento jurídico-administrativo. Para além, obviamente, de outra cultura administrativa e jurisdicional. Se é certo que o Direito Administrativo é ou deve ser o Direito Constitucional concretizado, não é menos verdadeiro que o Direito Constitucional tem ou deve ter as suas bases no Direito Administrativo e que as soluções vertidas na ordem jurídica de um país não são necessariamente e mecanicamente transportas para outro". Luís Filipe Colaço Antunes, O Direito Administrativo e a sua justiça no início do século XXI, algumas questões, Almedina 2001, p 123-124.

³ É deixada de parte hoje a ideia de segundo a qual, não existem actos Administrativos inconstitucionais, pois entre a constituição e os actos administrativos não existe uma relação directa, esta existe sim, mas entre os actos administrativos e a lei, esta última sim, depende directamente da constituição. Na verdade os direitos fundamentais se apresentam como limite directamente proveniente da constituição aos actos administrativos. Para mais detalhes em torno desta discussão, *vide*, Dinamene de Freitas, o Acto Administrativo inconstitucional, Coimbra editora, 2010 p 262-263. Com alguma relação com o tema, porquanto se levanta a questão de saber se a Administração tem o poder de controlar as leis inconstitucionais, por estar directamente vinculada à constituição, Rui Medeiros, A decisão de inconstitucionalidade, Lisboa, 1999, p 168 ss e André Salgado Matos A fiscalização Administrativa da Constitucionalidade Almedina 2004. Juarez Freitas Controle Administrativo da constitucionalidade, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, vol II, Coimbra editora 2012 p 363 ss.

⁴ Para mais desenvolvimentos desta teoria dentre outros veja, Paulo Otero, Manual de Direito Administrativo Vol I, Almedina, 2013 p 153 ss.

comunidade, esta entidade começou por ser o Estado, e dentro dele a Administração Pública, de modo que ali onde surgisse um problema colectivo, em seguida nascia para o estado a obrigação de o ultrapassar. Esta administração cresce a medida em que aumentam as necessidades colectivas dos cidadãos, o que em parte justifica o crescimento da máquina gestora dos interesses comuns e do Direito Administrativo, enquanto direito da Administração.

“ O que é verdade para o Estado em geral é-o ainda mais para aquele dos três poderes do Estado a quem foi atribuída a parte mais importante da soberania: o executivo. Em França – foi frequentemente acentuado – a separação dos poderes não é, ou não é essencialmente uma distinção das funções correspondendo a uma divisão do trabalho, mas sim uma repartição das atribuições do poder inerente à soberania interna do Estado. Ora, dos três poderes, o executivo é, sem contestação, aquele que beneficiou, nesta partilha, da parte de Leão: é o único a deter directamente a força pública, em toda a acepção do termo; é ele que é chamado a tomar as inúmeras decisões dia a dia exigidas pela vida do Estado.”⁵

Como se depreende do acima exposto, e porque está associado a ordem natural das coisas, a Administração Pública, passou por etapas até atingir o nível registado nos dias actuais, pelo menos em algumas realidades, porquanto em outras, ela ainda não beneficiou dos ventos oriundos de ordenamentos que apregoam uma Administração Pública cada vez mais próxima do cidadão, evidenciado a existência de uma relação democrática, relacional e paritária⁶, as várias etapas porque passou a evolução da administração ajudam a perceber a fase hodiernamente vivenciada.

“O processo evolutivo que se foi desenvolvendo no seio da própria Administração Pública, ao longo do último século, a qual sofreu profundas transformações na sua natureza funcional e, conseqüentemente na natureza típica das suas formas e instrumentos de actuação, encontra-se entre um dos principais condicionalismos que

⁵ Prosper Weil, O Direito Administrativo, versão portuguesa traduzida por Maria Glória e Ferreira Pinto, Almedina 1977, p 8.

⁶ Dentre outros e sobre a temática da Administração paritária, Pedro Machete, Estado de Direito Democrático e Administração Paritária. Almedina, 2007.

permitiu o ensaio de experiências que envolveram a contratualização do exercício do poder administrativo.”⁷

O surgimento do Direito Administrativo, está ligado à Revolução liberal⁸, que tinha como centro de abordagem dois pontos; liberdade e separação de poderes⁹. A criação de direitos fundamentais que pudessem funcionar como limites à actuação dos poderes públicos na sua relação com os cidadãos, evidenciando neste primeiro momento os direitos de liberdade em ordem a garantir o livre desenvolvimento da personalidade do cidadão, tido como domínio em que o estado não podia intervir^{10,11} a menos que o quisesse melhorar.

O modelo de Administração Pública próprio do Estado liberal, enfatiza o papel, no que as formas de actuação diz respeito, do acto administrativo em detrimento das restantes, que por decorrência a sua natureza autoritária e unilateralista deveria sempre impor-se aos particulares que nada ou quase nada podiam fazer, para reagir contra estes actos quando violassem os seus direitos ou interesses. Tal como afirma o Professor Vasco Pereira da Silva: “ *numa administração concebida como agressiva dos particulares, o fulcro da actividade administrativa residia no acto administrativo, entendido como manifestação de autoridade. Assim, a concepção da actuação*

⁷ Mark Bobela- Mota Kirby, Contratos sobre o exercício de poderes Públicos, Coimbra editora, 2011 p 21.

⁸ Sobre a criação evolução do Direito Administrativo, Jean Rivero, Direito Administrativo Almedina, 1981. Prosper Weil, Direito Administrativo... ob cit. João Biague, Controlo jurisdicional da Administração Pública na Guiné-Bissau, Almedina 2013, p 21 ss.

⁹ Uma visão mais recente sobre este princípio e a proibição da arbitrariedade dos poderes públicos nas suas relações recíprocas, Maria da Assunção A. Esteves, Limites do poder do parlamento e o Procedimento decisório da co-incineração, Estudos de Direito Constitucional, Coimbra editora 2001, p 7ss.

¹⁰ “A luta contra o poder do homem sobre o homem, empreendida em nome da liberdade, e a luta a favor da abolição dos privilégios e isenções, feitas em nome da igualdade, são também consequências do movimento racionalista enquanto considera a razão humana a fonte natural destes valores. A luta pela liberdade não é no entanto, somente uma luta contra o arbítrio. É uma luta por uma concreta forma de estar e agir em sociedade, uma específica liberdade civil. Daí que o objectivo desta luta não seja impor limites ao poder – juridicizar a “polícia” da monarquia esclarecida – nem criar instrumentos de defesa dos cidadãos perante o Estado. O objectivo consiste em eliminar a capacidade de intervenção social do estado i.e., acabar pura e simplesmente, com a “polícia” – Estado Liberal. Significa isto que se pretende restringir o exercício do poder político à realização da segurança e à conservação do direito – Estado – segurança ou Estado – guarda – nocturno”. Maria da Glória Pinto Dias Garcia, Da justiça Administrativa em Portugal, sua origem e evolução, Universidade Católica editora 1994 p 267-268.

¹¹ “Proibição para o estado e liberdade para o cidadão, tal o sentido último das declarações de direitos: uma proibição absoluta e total- qualquer afectação de direitos se entende como excepcional, subordinada a um processo próprio de definição normativa e a um controlo estrito de execução – e uma liberdade abstracta, exclusivamente limitada pela liberdade do outro”... Maria Glória Pinto Dias Garcia ob cit... p 272.

administrativa corresponde à lógica de funcionamento da Administração do Estado liberal pendia para uma noção autoritária, o que era sintomático de uma determinada visão substantiva das relações entre a Administração e o cidadão, a visão do Estado liberal de Direito”¹².

Estribado no princípio da legalidade, o acto Administrativo afigurava-se como mecanismo por intermédio do qual a Administração Pública, realizava todos as suas pretensões sem qualquer impedimento dos particulares, pois estava-se numa fase de afirmação do poder soberano do estado e o acto administrativo era por conseguinte uma das formas de manifestação daquele poder. As garantias dos cidadãos face aos actos praticados pela administração inexistiam, tanto é que o particular era tratado como objecto e não como um ente titular de direitos, muitas das vezes oponíveis à Administração Pública.

Reflexo da preocupação que havia na altura em relação à consolidação da estrutura do estado e dos seu poderes, eram as opções seguidas no domínio da organização administrativa, em que foi adoptado o modelo centralizado e ao mesmo tempo concentrado, sem espaços para outro tipo de gestão administrativa que não a directa¹³.

Esta opção deve-se dentre outros aspectos, à preocupação manifestada pela burguesia em criar condições para o estabelecimento de um mercado nacional, com efeito, precisava de uma administração suficientemente forte o ponto de eliminar todos os entraves que se colocavam a materialização daquela pretensão. Era portanto a preocupação em instituir a ordem económica do liberalismo que obrigou à instauração de um aparelho administrativo forte unido e hierarquizado¹⁴, tal qual exército.¹⁵

¹² Vasco Pereira da Silva, em busca do Acto Administrativo perdido Almedina 2003 p 40.

¹³ “No princípio, falar de administração pública era falar do Estado. O Estado-Administração monopolizava a actividade administrativa. No modelo napoleónico de administração pública, as próprias autarquias locais tinham sido reduzidas a serviços do Estado, não passando de agências ou sucursais do Estado, de delegações locais do Governo central”. Vital Moreira, Administração autónoma e Associações Públicas, Coimbra editora, 2003 p 16.

¹⁴ Para aprofundamento do estudo sobre a hierarquia administrativa, Paulo Otero, Conceito e fundamento da Hierarquia Administrativa, Coimbra editora 1992.

¹⁵ Vasco Pereira da Silva, Em busca...ob cit... p 41.

Verificava-se nesta época uma instrumentalização da administração pública em nome dos ideais liberais.

O modelo liberal em função das suas bases produziu inúmeras insuficiências, desde logo, a questão da distribuição da renda, que era feita não com base em critérios de igualdade ou proporcionalidade, antes pelo contrário, assentava em critérios exclusivamente económicos que nem sempre atendiam a dignidade da pessoa humana, a título de exemplo, a regra segundo a qual, *o preço exclui*. Tratando-se por exemplo um bem de primeira necessidade, o cidadão que não tinha o valor para o adquirir, ficava sem consumir. As correntes liberais, estavam essencialmente preocupadas com a dimensão política e de liberdade, deixando de parte a dimensão mais social e económica do cidadão. Este estado de coisas influenciou algumas doutrinas a defenderem a ideia segundo a qual, os direitos económicos sociais e culturais são de segunda geração¹⁶ porquanto surgem após os direitos liberdades e garantias, que estavam irremediavelmente ligados ao Estado Liberal¹⁷.

Como resultado do cenário então vivido, surge uma alternativa ao modelo liberal, onde o Estado passou, em função do seu desastre, a realizar determinadas tarefas até então propositadamente ignoradas – na perspectiva liberal, as actividades económicas deveriam ser realizadas única e exclusivamente por privados e nunca pelo estado – havendo neste fase, intervenção estatal em sectores como trabalho, saúde, educação e segurança social. Estes desafios obrigaram a mudança da concepção de Administração Pública que se tinha na altura, gerando por isso uma pequena revolução no seu interior.

Nas palavras do professor Vasco Pereira da Silva: “ *pede-se ao Estado a criação de legislação e de instituições que permitem pôr termo às condições de miséria operária e que assegurem um mínimo de sobrevivência a todos os cidadãos; por outro lado,*

¹⁶ Sobre as teorias que negam a existência de gerações de Direitos fundamentais, Catarina Santos Botelho, Os direitos sociais em tempo de crise, Almedina 2015 p 87ss.

¹⁷ Com ideias muito próprias a respeito da sucessão geracional de direitos fundamentais, veja dentre outros, Vasco Pereira da Silva, A cultura a que tenho Direito, Direitos fundamentais e cultura. Almedina 2007 p 30-31.

requer-se a intervenção do Estado na vida económica, como forma de correcção das disfunções do mercado”¹⁸.

Verifica-se nesta altura um expansionismo da administração, na medida em que o estado em que ela se integrava passou a assumir outros desafios, por via da intervenção¹⁹ em sectores até então desconhecidos. E a administração como “braço direito do Estado” não podia de maneira alguma ser postergada, antes pelo contrário o sucesso desta empreitada dependia daquela, pois os desafios assumidos pelo Estado-social eram directamente colocados à Administração Pública.²⁰

A ideia da garantia dos direitos individuais face à intervenção cada vez mais diminuta da Administração, não surtiu os efeitos pretendidos, evidenciou inúmeras insuficiências, na medida em que deixou de parte uma série de problemas colectivos que se viviam na época, as questões transversais aos cidadãos, daí que se tenha pensado em alternativas que fossem capazes de realizar da melhor maneira possível os interesses da colectividade e tornar mais eficaz o exercício das liberdades individuais, em ordem ao alcance da justiça plena numa sociedade, que privilegiasse o bem-estar geral.²¹

No modelo de Estado social, a preferência era dada à Administração Pública, porquanto percebeu-se que a realização do maior objectivo deste modelo,- o bem-estar- dependia mais da Administração pública do que de outras formas de exercício de poder estadual. O Estado virou-se para o cidadão, prestando e realizando todo e qualquer serviço de que este necessitava, daí a expressão administração prestadora ou constitutiva.²²

Assim, alterou-se completamente a visão que a administração tinha do indivíduo, deixou-se de lado a ideia de subordinação do cidadão à administração, para dar início a

¹⁸ Vasco Pereira da Silva, Em Busca... ob cit... p 72.

¹⁹ Sobre os modelos de intervenção do Estado a economia, Marisa Apolinário, O Estado regulador: o novo papel do Estado, análise da perspectiva da evolução recente do Direito Administrativo o exemplo do sector da energia, Almedina, 2016 p39ss.

²⁰ A eficácia do modelo de Estado de bem-estar depende mais da intervenção administrativa, segundo os meios financeiros que lhe são proporcionados, do que qualquer esforço dos poderes legislativo e judicial. Paulo Otero, Manual ob cit... p 153.

²¹ Neste sentido Luiz Cabral de Mota, Autoridade e liberdade na teoria do acto Administrativo, Coimbra editora 2014 p118.

²² Vasco Pereira da Silva Em busca.... p 72.

uma nova era na relação entre ambos. O cidadão passou a ser encarado como alguém que depende da administração (para satisfazer as suas necessidades), dando por isso origem à relações prestadoras em que a ambas as partes são exigidos direitos e deveres recíprocos. É nesta fase que se começa a valorizar por força das circunstâncias, a figura do Procedimento Administrativo, pois nenhuma outra figura jurídica era capaz de traduzir na prática esta nova forma de relacionamento entre a administração e os cidadãos²³.

Como não devia deixar de ser, esta transformação afectou a concepção que até então se tinha de acto administrativo. Para além da dimensão autoritária na determinação do direito a ser aplicado a cada uma das situações em que estivesse em causa o interesse público e o interesse privado, a ele foi atribuída uma outra tarefa, a satisfação das necessidades dos cidadãos por via da prestação de serviços que estes necessitavam para viverem bem e alcançarem a felicidade. De notar que nesta nova fase, as soluções que a administração implementava, eram em tese concebidas e executadas com a participação dos cidadãos interessados em tais decisões²⁴.

É claro que estas mudanças afectaram organização da administração, que face aos desafios teve de criar serviços destinados a satisfazer cada uma das “novas” necessidades que o Estado Social colocou na sua lista de preocupações, havendo portanto um crescimento exponencial da administração pública que teve de se abrir, pois reconheceu que com os modelos baseados na centralização e concentração, não conseguiria levar a bom porto os seus intentos. Este quadro propiciou o surgimento de novas formas de exercício da actividade administrativa. Donde se destacavam duas, o recurso à formas de actuação privadas, bem como a contratualização da actividade administrativa²⁵, esta última muitas das vezes justificada pela falta de meios financeiros

²³ “O Estado prestador é por natureza Estado fiscal e a Administração constitutiva passa a requerer novos enquadramentos de legitimação, abrindo espaço à participação e à colaboração dos particulares e dando início à destruição da imagem Kafkiana que representa miticamente a realidade da Administração tradicional. É aqui que se criam as condições para o surgimento de uma disciplina conformadora dos procedimentos de decisão administrativa”. David Duarte Procedimentalização participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, Almedina 1996 p 34.

²⁴ Para mais desenvolvimentos, Vasco Pereira da Silva Em busca ob cit... p100.

²⁵ São várias as razões que estão na base da utilização da figura dos contratos pela Administração Pública, o alargamento do intervencionismo económico do Estado, a procura de um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por uma maior procura de consenso, flexibilização e

que obrigava a administração a “endividar-se” garantindo que os privados edificassem obras, em contrapartida atribuía-os o direito de explorá-las, como forma de obtenção do retorno do investimento inicialmente aplicado²⁶.

Nas palavras da professora Maria João Estorninho: *“No Estado Social o recurso às formas de actividade jurídico-privadas pode ter carácter meramente instrumental, servindo para a aquisição de bens necessários ao funcionamento dos serviços (despesas de economato), pode também servir para a Administração Pública realizar obras públicas e pode ainda ser actividade alternativa (quando o mesmo objectivo pode ser obtido ou através de meios públicos ou instrumentos privados). Uma das consequências fundamentais deste processo de alargamento das tarefas da Administração Pública, no Estado Social é o facto de ela passar a utilizar o meio de actuação mais típico do Direito privado, o contrato”*²⁷.

O recurso à figura do contrato, não anulou os indícios que o tempo acabou por confirmar, relativos a ascensão gradual do procedimento no quadro das formas de actividade administrativa, enquanto figura central da nova dogmática jurídico-administrativa, na medida em que também servirá de base à contratualização da actividade administrativa do Estado que por força disso passou a ser igualmente procedimentalizada.²⁸

“A procedimentalização da actividade administrativa corresponde à necessidade de objectivar a vontade da pessoa colectiva pública, através de uma sequência de actos e formalidades pré-ordenados e fixados no termo da qual a vontade dos suportes dos órgãos se despersonalize e combine numa vontade qualitativamente distinta: da pessoa colectiva. Por esse modo, reúnem-se as melhores condições para a prossecução do interesse público, graças à necessidade de intervenção de vários órgãos, do confronto de pareceres, da expressão e publicitação dos motivos, da sujeição a controlos. Fica assim

particularização das decisões. Sérvulo Correia Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos Almedina 1987 p 42.

²⁶ Sobre a origem da actividade contratual da Administração Pública, veja Maria João Estorninho, Curso de Direito dos Contratos Públicos, Almedina 2013 p 15-19.

²⁷ Maria João Estorninho, A fuga para o Direito Privado Almedina 2009 p 41-42.

²⁸ David Duarte, Procedimentalização ob cit.. p 37.

melhor protegido o valor da imparcialidade, do mesmo passo que se tornam mais difíceis os erros de perspectiva na aplicação das regras da boa administração”²⁹.

Infelizmente nem tudo correu bem para o Estado Social, a assunção de novas funções impuseram a criação e contratação de novos serviços, o que obrigou a administração a encontrar meios financeiros para a realização dos objectivos ínsitos ao Estado Social. Para o financiamento das suas actividades, o Estado era obrigado a recorrer aos impostos, o que nem sempre foi bem aceite pela população. Por outro lado, o crescimento do Estado motivado pelo alargamento das suas funções, foi responsável pela ineficiência económica, resultante da criação de inúmeros serviços muitas vezes concorrentes entre si, aumentando por isso a burocracia na sua actuação, o que nem sempre contribuiu para a satisfação das necessidades dos cidadãos rumo ao bem-estar que o Estado Social sempre apregoou.³⁰

Com isso, mais uma vez a Administração Pública foi obrigada a alterar os seus padrões, de modo a adaptar-se aos novos desafios que o Estado pós-social³¹ colocou. Os traços mais evidentes destas alterações estavam associados mais uma vez, ao surgimento de outras formas de administração para além das clássicas. Nesta fase a Administração passou a socorrer-se em instrumentos normativos e não só, cuja aplicação não se restringia ao caso concreto, mas à uma generalidade de indivíduos, donde pontificam sem sombra de dúvidas as ideias de planificação, os orçamentos, os regulamentos etc.

O Estado pós-social consolidou a perspectiva do procedimento enquanto figura central da dogmática jurídica. Saiu da dicotomia agressão (Estado Liberal) vs prestação (Estado Social³²) e trouxe um paradigma, que hoje pode ser considerado como o maior problema do Direito Administrativo e que o procedimento ajuda a solucionar de forma magistral, o conflito de interesses ao nível da actuação administrativa, interesse Público que constitui o seu móbil e o interesse privado, que tem de ser respeitado por esta. Tal

²⁹ Sérvulo Correia Legalidade... ob cit... p 579.

³⁰ Vasco Pereira da Silva Em busca ob cit... p 122-123.

³¹ Porquanto o seu antecessor havia falido.

³² Sobre o Estado Social de Direito e suas implicações para o povo, dentre outros veja, Paulo Otero, Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado, Coimbra editora 1998 p 14 ss.

só é possível se ponderarmos os dois interesses em sede do procedimento administrativo.³³

Nos dias de hoje é ponto assente em como a administração continua a crescer e a adaptar-se aos novos desafios que a evolução social vai colocando, havendo mesmo autores que a propósito da fase actual de evolução da administração falam em Administração neoliberal.³⁴

Relativamente ao modelo neoliberal o Professor Paulo Otero conclui a sua abordagem com as seguintes palavras;

“ A existência de uma administração neoliberal, suscitando claro divórcio entre textos constitucionais oficialmente definidores de modelos interventivos, à luz de postulados de bem-estar e níveis óptimos de satisfação de necessidades colectivas próprias de um Estado social, e a carência de meios financeiros suficientes para continuar a realizar uma Administração prestadora, num claro propósito político de se repensar a dimensão do Estado Social, não se trata, porém, de um problema de memória história – aqui reside uma temática de última hora, reconduzível a um possível efeito permanente de um estado de emergência financeira que reflecte a tragédia do Estado, passível de ilustrar o desenvolvimento de uma normatividade não oficial³⁵. ”

Ora, do excuro feito pode-se compreender que a Administração Pública passou por vários estádios, até a fase actual, em que o procedimento administrativo se apresenta como seu principal “cartão de visita” pois é o instituto que melhor traduz a necessidade de um intercâmbio permanente entre os cidadãos e a administração em ordem a realizar da melhor maneira possível e de acordo com os postulados de justiça o interesse Público. Pode-se igualmente compreender que este percurso nem sempre foi fácil, porquanto a ideia de aproximação administração-cidadão era aceite com alguma resistência³⁶.

³³ Para maior desenvolvimento desta ideia vide Vasco Pereira da Silva ob cit.. p129.

³⁴ Paulo Otero, Manual ob cit... p 287.

³⁵ Paulo Otero, Manual ob cit.. p 292.

³⁶ “Ao mesmo tempo, e ainda quanto ao tardio reconhecimento do procedimento administrativo, não é também só a natureza ensimesmada da administração liberal que justifica o desconhecimento o *iter* que antecede as decisões administrativas. Durante o século XIX, a actividade administrativa estava sujeita a um núcleo restrito de regras, tanto no capítulo organizatório, como no que diz respeito ao seu

Tendo em conta os princípios do Direito Administrativo clássico de matriz francesa, a figura do procedimento não teria aceitação entre a doutrina e administração gaulesa, o que era perfeitamente admissível na época³⁷. Enquanto isso, outros países como a Espanha, -tido como pioneiro na regulação jurídica do procedimento- o instituto, embora com um âmbito de acção restrito, porquanto a sua violação não gerava responsabilização do funcionário em causa, era tido como mecanismo através do qual se podia proceder a uniformização das tarefas dos vários ministérios.³⁸

Nesta parte, pretendemos e a título do que se fez nas linhas anteriores, evidenciar o papel do procedimento enquanto meio de actuação da administração. Aproveitaremos igualmente a oportunidade para abordar alguns temas ligados ao instituto, que por força da história do surgimento do Direito Administrativo, têm sido mal compreendidos.

Um dos grandes objectivos da presente dissertação é evidenciar ao nível do nosso país, a importância do procedimento administrativo - para melhoria do trabalho da administração em ordem a satisfazer o bem comum - que por força de vários factores têm sido ignorada. Portanto, muitas questões ao nível do procedimento devem merecer a nossa atenção, a título de exemplo, um aspecto que tem sido amplamente discutido em relação à matéria, tem a ver com a denominação, procedimento ou processo, eis a questão.

1. Denominação e problematização.

funcionamento, não tendo em conta já as regras internas, que eram, no entanto, juridicamente desconsideradas”. David Duarte Proce... ob cit.. p 43.

³⁷ Sobre as novas tendências do Procedimento, em particular na Europa, Suzana Tavares da Silva, Direito Administrativo Europeu, Coimbra 2010 p 77ss. Lourenço Vilhena de Freitas, A globalização e europeização do Direito Administrativo e o seu influxo na teoria do procedimento administrativo, in *Liber amicorum Fausto Quadros*, vol II Almedina 2016 p 161-177. Em termos gerais, algumas inovações ao nível do Direito Administrativo Europeu, Fausto de Quadros, A Nova dimensão do Direito Administrativo, o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária, Almedina 2001.

³⁸ David Duarte Proce...ob cit. p 44 nota de rodapé nº 91.

Ao longo das linhas apresentadas no ponto anterior, usamos com frequência a expressão Procedimento Administrativo, o que é perfeitamente normal, pois em algumas realidades é assim que o instituto é denominado, ao passo que em outras, para se referir a ele usa-se a expressão processo.

Em parte, a resposta a esta questão deve ser encontrada por recurso à própria história do instituto, é o que tentaremos fazer nas linhas que se seguem.

É certo que o Procedimento enquanto instituto ligado ao Direito Administrativo tem a sua raiz em França e é no contexto do nascimento deste ramo do direito que aquele foi forjado. A existência de regras aplicáveis à Administração Pública no que a sua organização interna diz respeito, e o seu evoluir, está na base do surgimento do procedimento administrativo. Estas regras regiam a actuação da administração por ocasião da tomada de decisão, cada caso era tratado de modo individual por via de um *dossier* cuja estruturação era determinada pelas regras de funcionamento das instituições, as normas procedimentais portanto. Importa referir que o Procedimento Administrativo sempre existiu³⁹ em França ou em qualquer outra realidade, pois ele está inapelavelmente associado à decisão administrativa e não só, portanto ali onde existir administração que toma decisões para satisfazer as necessidades dos cidadãos existirá indubitavelmente um itinerário a ser seguido. Daí que não se afigura correcto falar do nascimento ou origem do procedimento. O que se pode discutir a este respeito, é a ideia

³⁹ “O Procedimento é uma categoria chave para a compreensão do pensamento contemporâneo. Incluindo já no rol dos termos-fetiche, aparece inserido em jogos de linguagem tão diversos com a Filosofia Política, a Ética, a Teoria da Argumentação, o Direito Público e mesmo o Direito Privado. A euforia procedimental, criticada por Ossenbuh há uma década como moda e como tal condenada à efemeridade, continua desmentindo a morte anunciada. É inegável que numa época de pensamento débil pós-metafísico (Habermas) e pós-moderno (Lyotard), o procedimento vai assumindo novos contornos, não escapando ao espírito do tempo. Uma perspectiva de abordagem do procedimento que suscita crescentes apoios tem sido desenvolvida no quadro da Ciência da Administração. Sem prejuízo de uma ulterior consideração, no âmbito das funções do procedimento, interessa sublinhar que a Ciência da Administração parte da existência de um procedimento fáctico, ou seja, do reconhecimento que uma decisão se produz através de um determinado proceder empírico. Este procedimento fáctico não é monopólio dos poderes de Estado, mas verifica-se ao nível das próprias empresas. A ideia de que toda a actividade administrativa é ordenada em fluxos, de que não há *one shot decisions* serve de ponto de partida a este olhar, mediante uma grelha destinada a captar o *decision-making process*. Assim, a noção de procedimento da Ciência da Administração é mais ampla que a adoptada pela Ciência do Direito”. João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora 1995 p 17-24.

do reconhecimento do instituto rumo a sua positivação com consequências para quem deixar de cumprir uma regra do seu regime jurídico.

Nestes termos, no caminho rumo à positivação e reconhecimento do procedimento administrativo enquanto realidade pré-existente, destaca-se a ideia da autonomização do tratamento do vício de forma, -que tinha sempre e porque relacionada ao surgimento do Direito Administrativo, a dimensão jurisdicional ligada a actuação do *Conseil d'État*, que estabelecia regras para a administração em face a existência de actos ilegais- onde encontrávamos os vícios relativos às formas de exteriorização da decisão e os vícios ligados aos antecedentes da decisão. É neste segundo domínio, que se começa a falar da “*irrégularité de procédure*” para destacar a desobediência a certas formalidades exigidas e que antecedem a prática do acto que se quer válido.⁴⁰

Portanto como se pode depreender, o procedimento era feito a medida do acto, já que estava virado à produção de uma decisão, por conseguinte uma forma de legitimar a vontade da Administração. Era no entanto a concepção do princípio da legalidade⁴¹ que se tinha na época, que justificava a vinculação à certas formalidades, sob pena de termos uma decisão ilegal.

Nas palavras do Professor Vasco Pereira da Silva:

“Daí que o procedimento, segundo a doutrina clássica, ou não era considerado de todo, ou era considerado apenas para explicar a formação da decisão final da Administração, enquanto simples instrumento ao serviço do acto administrativo e não de uma forma autónoma. Daí que grande parte da Doutrina francesa, ainda hoje, tenda a ignorar a autonomia dos fenómenos do procedimento confundindo-o com a forma dos actos administrativos ou, pelo menos, a considerar a desnecessidade da sua regulação, dado

⁴⁰ David Duarte, Proce... ob cit.. p 49.

⁴¹ Sobre o princípio da legalidade na vertente histórica e não só, Rogério Soares, Interesse Público legalidade e mérito, Coimbra 1955 p 44 ss. Ana Raquel Gonçalves Moniz, A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade, Coimbra, 2012, p 593 ss. Pedro Machete, Estado de direito e administração paritária, Coimbra, 2007, p 423 ss. Paulo Otero, Legalidade e administração pública, Coimbra, 2003, p 91-137. Paulo Otero, O poder de substituição em direito administrativo, II, Lisboa, 1995, p551 ss. Sérvulo Correia, Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, Coimbra, 1987, esp. 179 ss. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Direito administrativo geral, I, 3.ª ed., Lisboa, 2008, p 164.

que isso poderia constituir um obstáculo à actuação da jurisprudência do Conselho de Estado”⁴².

Como afirmamos em outra altura, precisamos de conhecer a história do reconhecimento do procedimento administrativo se quisermos tomar uma posição em relação à sua denominação. A questão da denominação envolve em primeiro lugar aspectos linguísticos⁴³, lexicais, em parte responsáveis por esta panaceia de denominações.

Assim para este ponto interessa sobretudo, a denominação do instituto na língua portuguesa⁴⁴⁵.

⁴² Vasco Pereira da Silva, Em busca ob cit... p 302-381.

⁴³ “Procedimento: Formado de proceder, do latim *procedere* (ir por diante, andar para a frente, prosseguir), quer o vocabulário exprimir, geralmente, o método para que se faça ou se execute alguma coisa, isto é o modo de agir, a maneira de actuar, a acção de proceder. Neste sentido, procedimento significa a própria actuação ou a acção desenvolvida para que se consubstancie a coisa pretendida, pondo-se em movimento, segundo a sucessão ordenada, os meios de que se pode dispor. Neste particular, pois, procedimento e processo revelam-se em sentidos diferentes. *Processo* derivado do latim *processus*, de *procedere*, embora por sua derivação se apresente em sentido equivalente a procedimento, pois que exprime, também, acção de proceder ou acção de prosseguir, na linguagem jurídica outra é sua significação, em distinção a procedimento. Exprime, propriamente, a ordem ou a sequência das coisas, para que cada uma delas venha a seu devido tempo, dirigindo, assim, a evolução a ser seguida no procedimento, até que se cumpra sua finalidade. Processo é a relação jurídica vinculada, com o escopo de decisão, entre as partes e o Estado Juiz, ou entre o administrado e a Administração”. Plácido e Silva: Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro; 28 Ed. Forense; 2009 p 1097 e 1098.

⁴⁴ ...”Principalmente por influência francesa – onde o termo *procédure* é comumente utilizado indiferentemente para designar qualquer realidade de natureza processual, independentemente de se tratar de uma sequência de actos subordinada a uma competência decisória administrativa ou jurisdicional -, a doutrina portuguesa tem conceptualizado – ao contrário dos conceitos de procedimento, processo, verfahren e prozeb que, respectivamente, nas doutrinas italiana e alemã distinguem ambas as realidades – o fenómeno processual de forma indistinta, pelo menos até aos trabalhos doutrinários da década anterior à aprovação do recente Código do Procedimento Administrativo, adjectivando, como em França o processo como gracioso ou contencioso por razões de mera diferenciação e não de conceptualização”. David Duarte Procedimentalização ... ob cit.. nota de rodapé nº 18 p 24.

⁴⁵ “O termo Processo é utilizado em Direito, e diferentes acepções; Desde logo como conjunto sequencial dos actos jurídicos que são praticados na propositura e desenvolvimento de uma acção perante o poder judicial. Nesta acepção contrapõe-se, designadamente, o conceito de *processo* – atinente a uma sequência encadeada de actos jurídicos relativos ao exercício da função jurisdicional – ao conceito de procedimento, que se optou por reservar para designar as sequências encadeadas de actos jurídicos relativos ao exercício das demais funções do Estado designadamente da função Administrativa. Depois como conjunto de peças escritas que corporizam os actos jurídicos que são produzidos pelos diferentes sujeitos processuais à medida que se desenvolve o *processo* (na acepção indicada no ponto anterior) e que tradicionalmente, eram reunidas num ou mais volumes encadernados. Nesta acepção o conceito também é utilizado, no entanto, fora do âmbito do exercício da função judicial, designadamente no âmbito do exercício da função administrativa. O termo *processo* é ainda utilizado par designar o ramo do direito que estabelece as regras de conduta a observar pelos sujeitos processuais, tanto na propositura da acção, como na actividade que lhe cumpre desenvolver ao longo do desenvolvimento subsequente do

Para nota introdutória e preliminar em relação à temática ora abordada, cumpre asseverar que ambos institutos, procedimento e processo, tem em comum o facto de espelharem a ideia de faseamento, parcelas, actos isolados que se sucedem uns e outros e que apesar de diferenciados entre si, formam um conjunto e dão uma ideia compacta acerca de qualquer realidade, para qual todos eles estão ao serviço.

A materialidade da função administrativa é na perspectiva de alguma doutrina⁴⁶, um elemento a se ter em conta na discussão procedimento vs processo, pois confere ao primeiro uma autonomia e singularidade que extrapolam a dimensão sequencial e de ordenação física de actos virados à produção de um resultado que não apenas a aplicação das normas jurídicas, porquanto o procedimento está inteiramente virado e concebido para a prossecução do interesse Público.

Um critério usado para distinguir as duas categorias, é o da rigidez (Procedimento) versus flexibilidade (Processo). *“No domínio da Administração prevalece a razão da prossecução múltipla de finalidade, o procedimento funciona necessariamente como estrutura de ordenação flexível pelo dever de coordenar a variedade não previsível de interesses que estão conjugados no âmbito dessa actividade”*⁴⁷.

O posicionamento do acto administrativo ao nível do Direito Administrativo de matriz francesa, determinou a ignorância a que o procedimento foi remetido, -pelo menos nos primeiros anos- pois aquele ramo do direito como já o afirmamos, estava virado à tomada de decisão e meios disponíveis para os particulares defenderem-se diante de actos administrativos ilegais. Entretanto a operacionalização destas garantias foi sempre difícil, devido às relações de promiscuidade resultantes da inexistência de separação entre Administração e Tribunais. Contribuindo para a intensificação dos

processo. Nesta acepção, o conceito tende a ser utilizado os diferentes ramos do Direito nos quais Processo, enquanto ramo do Direito se desdobra”. Mário Aroso de Almeida, Manual de Processo Administrativo, Almedina 2012 p37-38. Com a mesma finalidade mas em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, onde são apresentados os vários sentidos da expressão processo administrativo, veja-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo 27ª edição atlas, 2014 p 695-696.

⁴⁶ David Duarte Procedimentalização ob cit... p26.

⁴⁷ David Duarte Procedimentalização ob cit.. p 26.

argumentos que apelavam à separação entre ambas realidades, contrariamente a teoria que defende a alternatividade entre o Procedimento e Processo.⁴⁸

Estas teorias permitem-nos traçar os caminhos rumo à natural distinção entre as duas figuras. Desde logo, importa referir e a propósito do que afirmamos noutra altura, que o ponto de partida para a distinção entre ambas é aquele que defende a ideia segundo a qual o Procedimento Administrativo é uma realidade própria e exclusiva da Administração Pública, e o processo quando existe ao nível da administração encontra-se integrado ao Procedimento Administrativo⁴⁹, porquanto a expressão é privativa do mundo judicial. Contudo, não podemos ignorar o facto que ambos servem também para que os cidadãos façam valer os seus direitos perante a administração e tribunais respectivamente.⁵⁰

Este primeiro e mais importante critério de distinção entre ambas as figuras permite por exemplo afirmar na esteira de Canotilho a existência de dois tipos de normas; normas processuais e normas procedimentais. Enquanto no primeiro caso se justifica falar em normas de controlo – e por isso numa minimização à ideia global de mera aplicação do direito – no segundo estão em jogo normas de acção que implicam em cúmulo com a juridicidade inerente, uma intenção de modificação do mundo jurídico não estabilizada numa reposição do direito⁵¹.

Entretanto e a propósito deste critério, uma advertência de ser feita, ele assenta sobretudo na perspectiva material da actividade da administração e dos tribunais, esbatidos os aspectos de uma e outra actividade com base neste critério, encontramos inúmeros pontos de contacto, não valendo quanto a nós, o critério da busca da paz

⁴⁸ Para mais detalhes acerca das correntes sobre o Procedimento, Vasco Pereira da Silva, em busca ob cit... p380 ss.

⁴⁹ “O procedimento administrativo também não identifica com o conceito de processo administrativo; sem prejuízo de ambos se situarem no âmbito do exercício da função administrativa, o processo administrativo é o documento o dossier, em suporte de papel e/ou electrónico, que compreende o conjunto de documentos que, de modo ordenado, integra os actos e formalidades de um determinado procedimento administrativo”. Paulo Otero O Direito do Procedimento Administrativo Vol I Almedina 2016 p 26.

⁵⁰ Para mais desenvolvimentos acerca das várias teorias acerca da temática, entre outros veja: Pedro Machete A Audiência dos interessados no procedimento administrativo, Universidade Católica portuguesa, 1996 p 49 ss.

⁵¹ David Duarte Proced... ob cit... nota de rodapé nº 23 p 25-26.

jurídica anteriormente perturbada, atribuído como finalidade dos tribunais⁵², para distinguir da actividade realizada pela administração, já que muitas vezes, a busca da paz anteriormente perturbada poderá ser efectivamente o objectivo de um procedimento administrativo na medida em este também busca a resolução de problemas que muitas vezes afligem os cidadãos, pensemos nos interessados e contra-interessados, como representantes de dois polos aparentemente inconciliáveis, que o procedimento vai tentar aproximar.⁵³

Esta confusão de conceitos e de “jurisdições” tem causado inúmeros problemas na prática, porquanto ao nível de algumas instâncias judiciais em Angola, vai-se confundindo o trabalho realizado pela administração com o que é realizado pelos tribunais, ao ponto de se pensar que se um cidadão não for ouvido pela administração no âmbito de um procedimento administrativo, o que desde logo configura uma ilegalidade, a sua audição em tribunal em sede de um processo judicial acaba por afastar a ilegalidade apontada⁵⁴. O princípio da separação de poderes não nos permite sufragar tal pensamento, apesar do respeito que ele merece, pois estamos a falar de duas realidades distintas e que são animadas por princípios diferentes, e neste sentido completamente desligados um do outro. Os tribunais não podem ser encarados como prolongamento da administração,⁵⁵ ademais a obrigação da audiência dos interessados

⁵² Sobre os elementos de distinção entre a actividade Administrativa e a Judicial, Diogo Freitas do Amaral Curso de Direito Administrativo, vol I, Almedina 2011 p 47-48.

⁵³ Pensa-se nos casos dos Procedimentos que visam averiguar a prática de actos ilegais ao abrigo de uma autorização anteriormente concedida em que os cidadãos prejudicados com tal actuação ilegal requerem à Administração a tomada de medidas que poderá por exemplo terminar com o cancelamento da referida licença. Exemplo inspirado nas ideias apresentadas a respeito do efeito conformador das relações jurídicas entre particulares pelo acto administrativo, objecto da monografia de Mafalda Carmona, O Acto Administrativo conformador das relações de vizinhança, Almedina 2011, p13. No mesmo sentido e em relação ao tema, Francisco Paes Marques, As relações jurídicas Administrativas multipolares, contributo para sua compreensão substantiva, Almedina 2011 p 388 ss.

⁵⁴ Decisão proferida pelo plenário do Tribunal Supremo da República de Angola, datada de 21/11/2011.

⁵⁵ Este é visto como um dos traumas da infância difícil do contencioso administrativo ideia defendida por Vasco Pereira da Silva, O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise, 2ª edição Almedina 2009 p 13. Neste mesmo sentido: “Durante muito tempo, vigorou a ideia segundo a qual o procedimento administrativo, desenrolado perante os órgãos da administração activa, e o processo jurisdicional, desenrolado perante os tribunais administrativos teriam uma mesma natureza: o segundo (então designado como processo administrativo contencioso) não era mais do que uma continuação eventual do primeiro (então designado como processo administrativo gracioso). Esta concepção monista do processo administrativo decorria da circunstância de os tribunais administrativos não serem verdadeiros órgãos jurisdicionais e sim órgãos da própria administração, ainda que como uma função de controlo. As consequências desta construção não eram meramente teóricas, antes se projectando em soluções legais, jurisdicionais e/ou doutrinárias concretas (assim, o carácter necessário do recurso hierárquico, a designação e concretização normativa do processo de impugnação de actos administrativos como recurso, a

começa por ser uma exigência constitucional e que portanto aplicável à Administração Pública.

Por outro lado, não se pode *olvidar* que em regra no procedimento vigora o princípio do inquisitório intrinsecamente ligado ao carácter proactivo da Administração⁵⁶, contrariamente, o poder judicial está primacialmente vinculado ao princípio do dispositivo.⁵⁷

Por força disso, muitas vezes afigura-se difícil estabelecer o âmbito dos poderes da administração exercidos ao abrigo do inquisitório, exigindo-se o esclarecimento das situações de facto antes da tomada de qualquer tipo de decisão.⁵⁸

O inquisitório apresenta-se como meio para o alcance da melhor decisão, por forma a garantir o exercício da função administrativa de maneira eficaz e no respeito pelos direitos dos cidadãos, minimizando-se os efeitos prejudiciais para si, decorrentes da actuação administrativa.⁵⁹

Os problemas que se levantam em relação ao tema aqui abordado muitas vezes devem-se às traduções que se fazem para língua portuguesa das expressões próximas nas línguas francesas, alemã ou até mesmo inglesa, o que depois se vai repercutir no contexto local. Por isso defendemos que para evitar estas incompreensões, os países

preclusão de alegações contenciosas de vícios não invocados no recurso hierárquico e a limitação dos meios de prova admissíveis na impugnação contenciosa dos actos administrativos)”. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral* tomo III 2ª edição 2009 p 62.

⁵⁶ Entre processo judicial y proceso administrativo existen sí semejanzas indudables, da la pertinencia de ambas instituciones a un tronco comum, pero hay, también profundas diferencias como consecuecnia necesaria de la diversa naturaleza de los fines a que una y otra sirven y, sobre todo, de la distinta posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplinan. El proceso tiene como fin esencial la averiguación de la verdad y la satisfacción de las pretensiones ajercitadas por las partes mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ellas, el juez o Tribunal. En cambio, el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrado, no agota en ello su función, que es también, y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias ppr los órganos de la Administración, intérpretes de ses interés y, al próprio tiempo, parte del procedimiento y àbitrio del mismo. Eduardo Garcia de Enterría E Tomás – Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* vol II 14ª edición, Thomson Reuters Civitas, 2015 p 445-446.

⁵⁷ Marcelo Rebelo de Sousa e André Ob cit... p 63.

⁵⁸ Marta Portocarrero, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem*, Ensaio sobre a disponibilidade do poder Administrativo, Universidade Católica editora, 2015 p 14-15.

⁵⁹ Marta Portocarrero, *Contratos...ob cit...p 239*.

deveriam adoptar a expressão que melhor se adequa a sua realidade, desde que suficientemente esclarecedora, no que a caracterização do instituto se diz respeito.

Neste contexto para Angola, embora não existam problemas em relação à denominação do instituto, deveríamos optar pela expressão *ritual*, por forma a facilitar a compreensão e assimilação da sua natureza, contribuindo desta forma para a obediência das suas regras, até porque a nossa cultura é bastante rica em rituais que as partes conhecem e vão seguindo porque notam aspectos com os quais se identificam. A expressão penetraria melhor no seio das nossas populações.

A doutrina brasileira majoritária embora com argumentos e contornos diferentes entende que se deve usar a expressão processo ao invés de procedimento, na medida em que a terminologia processo pela sua abrangência, pode abarcar várias situações tendo no entanto uma perspectiva generalista, ao passo que a terminologia procedimento encerra uma dimensão mais concreta pois evidencia os passos a serem seguidos para cada processo em concreto⁶⁰. A opção apresentada foi bastante influenciada pela Constituição Federal Brasileira que no seu art. 5º, inciso LV, prescreve: *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. Outro aspecto que terá influenciado a doutrina brasileira são as lições do insigne mestre daquela escola Celso Bandeira de Mello, que no seu magistério afirma o seguinte: *“Merkel autor a quem se atribui o mais relevante papel no exaltar-lhe a importância em análise referenciada ao Direito Administrativo, servia-se da terminologia processo para denominar tal itinerário sequencial. Este notável mestre já em 1927 demonstrava com incontável lógica e inobjectável procedência que o processo não é fenómeno*

⁶⁰ Álvaro Lazzarini, Do procedimento administrativo, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. v. 212, abr./jun. 1998, p. 76. Odete Medauar. Direito administrativo moderno. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 18, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de direito administrativo, 2005, p. 454. José Cretella Júnior. Prática do processo administrativo, p. 27. José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo, p. 806. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito administrativo, Atlas 2015 p.573. Carlos Ari Sundfeld, A importância do procedimento administrativo. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, pp. 64-74.

*específico da função jurisdicional, mas ocorre na presença da lei, da sentença e do acto administrativo*⁶¹.

Ora, acreditamos que ambas expressões podem ser usadas como sinónimas, desde que estejamos a nos referir a matérias jurídico-administrativas⁶², pois ambas como já o afirmamos, evidenciam a sucessão de actos e de formalidades. A distinção assevera-se quando saímos do domínio administrativo e focamo-nos no poder judicial. Assim é que no domínio administrativo a expressão procedimento é a mais adequada, pois ela está associada à ideia de movimento, proactividade intrínsecos a sua anatomia e fisiologia, ao passo que a terminologia processo evidencia um certo conservadorismo paragem, algo estático⁶³, nesse sentido o processo deve ser entendido como parte integrante de um procedimento.

O procedimento parece estar mais relacionado ao comportamento aos passos que se vão adoptar dentro de um contexto.

A propósito da distinção avançada, vai-se afirmando que os cidadãos têm direito a participar no procedimento como forma de realização e protecção dos seus direitos fundamentais e dispõem ainda de uma alternativa para os realizar e proteger, agora por via de processos judiciais, ancorados no amplo princípio da tutela jurisdicional efectiva.⁶⁴

A doutrina na perspectiva de comparação, elege uma série de critérios distintivos das suas figuras⁶⁵, como por exemplo; a amplitude, o interesse, a complexidade, a abstracção, controvérsia, o do procedimento como género, e processo como espécie, etc. Neste sentido pode-se facilmente notar que mais do que discussões entre

⁶¹ Celso Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo 31ª edição Malheiros editores 2014 p 497.

⁶² No Brasil a discussão não está longe de reunir consenso, tendo divergência até nas legislações. Como exemplo observa-se que a Lei (lei nº 9784/99) vale-se da expressão processo administrativo enquanto a Lei complementar 33, de 26.12.96, do Estado de Sergipe, institui o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe.

⁶³ Rogério Soares, A propósito dum projecto legislativo: o chamado Código de Procedimento Administrativo gracioso, in RLJ, ano 115, 1982 nº 3695 p 41.

⁶⁴ Sérgio Augustin Maria de Fátima Schumacher Wolkmer Angela Almeida, Direito ao Procedimento e/ou Direito ao Processo para a Defesa do Meio Ambiente Sequência, n. 63, p. 271-289, dez. 2011 p 285.

⁶⁵ Sobre os vários critérios distintivos do Procedimento e Processo judicial e de forma profunda e pormenorizada, Mário Aroso de Almeida, Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes, Almedina 2002 p 133ss.

processualistas e administrativistas, o procedimento pode ser encarado quando comparado ao processo, como género⁶⁶, porquanto dentre outros aspectos evidencia a ideia de participação dos cidadãos e de contrariedade na luta para ver os seus interesses realizados na sua relação com a Administração Pública, nesta pugna para ver a sua pretensão realizada ele precisa de registar todos os eventos relevantes no processo, dossier.⁶⁷

Enfim, independentemente das opções apresentadas no que toca ao tema, importa deixar claro que na nossa perspectiva, a denominação é o que menos importa. O que se deve atender quando se discutem temas relacionados ao instituto, é a devida ponderação dos interesses públicos e privados em causa, e as condições que poderão ditar a prevalência do interesse público face ao interesse privado, nos momentos em que a administração exterioriza a sua vontade.

Neste sentido e excluindo as implicações mínimas que a designação pode ter, a discussão em torno da expressão mais adequada, parece ser um falso problema⁶⁸, passível de gerar as mais diversas opiniões. Para as ideias que pretendemos abordar aqui, interessa sobretudo saber a relevância do procedimento administrativo no âmbito da organização e actividade administrativa, bem como as garantias dos cidadãos em face daquelas.

2. Relevância do Procedimento Administrativo, no contexto da função Administrativa.

Prematuramente e face ao que temos defendido ao longo do texto, podemos afirmar categoricamente que não pode existir actividade Administrativa sem Procedimento Administrativo. E a primeira fundamentação para esta afirmação está na

⁶⁶ Em sentido contrário, Mário Aroso de Almeida, *Anulação...* ob cit.. p133.

⁶⁷ Odete Medauar. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 1ªed., 1993, Editora Revista dos Tribunais. p. 29-42.

⁶⁸ Na sua obra já citada o Professor Celso Bandeira de Melo, usa de forma indistinta a expressão processo e procedimento, para designar a mesma realidade jurídico-administrativa, p500.

natureza das coisas. Para o efeito, a própria realidade é fértil em exemplos⁶⁹ que evidenciam a natureza ritualista⁷⁰, faseada, paulatina, processual, da vida e consequentemente da actividade administrativa, o que nos permite concluir que o procedimento é relevante para o exercício da função administrativa. Não nos bastamos com esta afirmação, por si só incapaz de traduzir a amplitude e força do instituto, pelo que, teremos de demonstrar esta relevância com factos “palpáveis” no decorrer desta parte da monografia.

Na introdução ao capítulo apresentamos não de forma inocente, a perspectiva histórica relativa à evolução do procedimento administrativo, no âmbito dos vários modelos de Estado. Para este tópico interessa sobretudo, salvo algumas referências históricas, o estudo do procedimento no momento actual da história, com o objectivo de radiografar o estado de coisas ao nível do nosso país na segunda parte da monografia. Portanto este tema servirá de balão de ensaio em face do que pretendemos abordar sobre Angola.

O advento do Estado Social⁷¹, dentre vários aspectos propiciou a mudança de paradigma no que às formas de exercício da função administrativa se diz respeito, com efeito directo na figura do procedimento que foi retirado da periferia para o centro da abordagem jus-administrativa. Fundamentalmente porque se percebeu que a

⁶⁹ O casamento em regra é precedido de um namoro, a maioria não se atinge sem passar pela infância, ninguém aceita o resultado de uma equação sem que se faça prova ou demonstração dos passos que foram seguidos para gerar aquele resultado, etc.

⁷⁰ “Em todo agir humano consciente se pode distinguir entre o caminho e a meta: o procedimento é o caminho, a via ou a estrada que ao destino pretendido, à meta, identificada esta com a decisão final ou o propósito que a conduta visa alcançar. Toda a formação, manifestação e execução da vontade de qualquer sujeito pressupõe sempre a existência de um conjunto de actos e formalidades que, em termos ordenados e sucessivos, se encontram dirigidos ao propósito ou fim visado: aqui a ideia nuclear de procedimento, podendo dizer-se que não há expressão da vontade sem a existência de um qualquer procedimento”. Paulo Otero Direito do Procedimento... ob cit.. p 20.

⁷¹ “O alargamento das tarefas estaduais característico da superação do Estado Liberal, implicou alterações profundas na administração pública. A concretização dos novos fins de conformação e de satisfação de necessidades sociais cabe, em primeira linha, à Administração. Consequentemente, esta vai deixar de se caracterizar como uma estrutura centralizada e rigidamente hierarquizada que prossegue o interesse público através de intervenções pontuais de carácter ablativo (Administração agressiva) passando a avultar situações em que a Administração Pública é chamada, não só a prestar serviços, como a desenvolver actividades de programação de processos sociais (Administração constitutiva). A satisfação da necessidade social de bem-estar, traduzida numa exigência de actuação sistemática, tem como consequência a intensificação do relacionamento entre a Administração Pública e os cidadãos. Se é verdade que se acentuam as dependências dos particulares relativamente à actividade administrativa, não é o menos que esta exige, para o bom desempenho das novas tarefas, a colaboração dos cidadãos e o recurso a meios de actuação flexíveis”. Pedro Machete, A Audiência... ob cit... p 20-21.

administração face às exigências deveria recorrer a outras formas de exercício do poder administrativo, se quisesse realizar da melhor maneira possível o interesse público. Se na época clássica o procedimento estava virado para o acto, com o surgimento das outras formas de actuação, o contrato e o regulamento, cedo notou-se que a utilização destas duas figuras deveria igualmente ser antecedida de um ritual, até porque em relação aos contratos, pretendia-se dentre outras coisas, estabelecer um percurso obrigatório de modo a evitar as influências externas que pudessem perigar a busca pela melhor decisão na perspectiva jurídica e financeira.

Outro especto que esteve na base do reposicionamento do Procedimento Administrativo no quadro da actividade administrativa, foi a relevância que se concedeu aos direitos fundamentais⁷² enquanto categorias por via das quais os cidadãos podiam fazer frente ao estado, pois tratavam-se de meios de protecção das posições vantajosas a eles conferidas por via da sua inalienável dignidade. Se o tratamento que se conferia ao cidadão se alterou, já não fazia sentido colocá-lo na mesma posição de súbdito, de administrado, pois a partir daquela altura ele podia fazer frente à administração porquanto na sua actuação, aquela deveria respeitar *tal qual lombas na estrada*, os direitos dos cidadãos. Assim se percebeu que à administração não restava outra solução que não aproximar-se ao cidadão e estabelecer com ele, uma relação de cooperação e parceria – a administração cedeu-, pretensão cuja realização estava inteiramente dependente do procedimento administrativo, enquanto espaço privilegiado de ponderação de interesses conflitantes⁷³.

⁷² “Também relativamente à Administração os direitos fundamentais não funcionam apenas como posições de defesa, em que os particulares se podem entrincheirar contra quaisquer medidas capazes de colocar em risco a intangibilidade do seu conteúdo. Para que a sua conduta possa considerar-se em harmonia com as pautas constitucionais nesta matéria, não é pois suficiente que as instâncias administrativas se abstenham de agredir –directa ou indirectamente por mão própria ou através de interposta pessoa – os bens jurídicos protegidos pelas normas de direitos fundamentais. Nem sequer os direitos fundamentais podem limitar-se a servir de referências axiológicas objectivas, destinadas a orientar a actividade administrativa no seu conjunto ou a fornecer uma chave para a sua compreensão global. E, menos ainda. Se pode reduzir a Administração ao estatuto de servidora diligente da exigência decorrente de direitos a prestações – sejam estas as prestações materiais típicos do Estado Social, sejam estas as prestações jurídicas que integram direitos específicos dos administrados (direitos à informação, à fundamentação e à notificação)”. Jorge Pereira da Silva, Deveres do Estado de protecção dos direitos fundamentais, Universidade Católica Editora 2015 p 655.

⁷³ Pulo Otero Direito ... ob cit... p 36.

Este relacionamento entre a Administração e os particulares, gerou uma série de vinculações recíprocas próprias da natureza do contacto efectuado entre ambos, mesmo sem qualquer origem legal ou constitucional. Neste sentido, fala-se da eficácia irradiante dos direitos fundamentais que pode assumir modalidades diversas; imediata atribuição dos direitos fundamentais em matéria de procedimento, dependência dos direitos fundamentais relativamente ao procedimento, necessidade de medidas administrativas que afectam os direitos fundamentais serem tomadas na sequência de um procedimento administrativo.⁷⁴

Como afirma o professor Vieira de Andrade:

“Em determinados casos, a Constituição consagra directamente certas garantias de procedimento (ou de processo), enquanto bens jurídicos autónomos, conferindo assim aos particulares verdadeiros direitos fundamentais procedimentais, direitos relativos a um determinado procedimento. Noutras hipóteses, a Constituição consagra direitos fundamentais cuja concretização ou, pelo menos, cujo exercício individual só é possível através de uma normação ordinária de cariz organizatório ou procedimental: trata-se de direitos fundamentais de cunho procedimental ou direitos dependentes de um procedimento. A doutrina e a jurisprudência alemãs reconhecem ainda aos titulares de direitos fundamentais que possam ser afectados por um procedimento administrativo os direitos (faculdades) necessários para a defesa efectiva, nesse procedimento, dos respectivos bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Estamos perante situações de direitos fundamentais postos em causa por um procedimento”⁷⁵

Portanto, pode-se perceber que a ideia de procedimentalizar a actividade administrativa tem uma das suas razões de ser nos direitos fundamentais, para realizá-los, ou ainda para de forma legítima, “violá-los”. De tal sorte que sectorialmente falando, ao nível dos direitos fundamentais dos cidadãos, não se pode negar a onipresença mediadora do Procedimento Administrativo. Hoje o procedimento é encarado como

⁷⁴ Vasco Pereira Em busca ob cit... p 438.

⁷⁵ José Carlos Vieira de Andrade, O dever de fundamentação expressa de actos administrativos, Almedina, 2ª reimpressão 2007 p 188.

meio por via do qual a administração e cidadão realizam os seus interesses de forma harmónica, daí a perspectiva mediadora atribuída ao instituto.

Veja-se o exemplo do direito à informação procedimental, com raízes no direito fundamental a informação encarado na perspectiva geral, cujo exercício depende de alguns pressupostos, um deles de natureza objectiva, a existência de um procedimento pendente ou concluído.⁷⁶

Cumpra avançar que o moderno Estado democrático e de direito apregoa uma maior aproximação da administração aos cidadãos, e encontra na participação administrativa⁷⁷ um dos pilares para consolidação dos seus desígnios, mormente a democracia participativa, de tal modo que a participação dos cidadãos na gestão administrativa seja encarada como elemento de legitimação das decisões e como mecanismo por via do qual muitas delas podem ser corrigidas e compatibilizadas aos princípios da justiça, do interesse público etc.⁷⁸ Claramente que esta participação deverá ser feita em obediência a regras, donde se notabilizam as procedimentais por forma a torná-la mais eficiente e ordenada, por conseguinte, é mais uma vez a figura do procedimento a destacar-se⁷⁹.

O procedimento, dotado de vocação interna, está hoje ao serviço de normas e realidades contratuais, fruto da expansão e reconhecimento das suas valências para o exercício da função administrativa, como é o caso dos contratos interadministrativos cuja celebração assenta na necessidade de simplificar a tramitação administrativa.⁸⁰

Ainda no âmbito das exigências do moderno Estado democrático de direito destaca-se a ideia de concertação⁸¹ enquanto mecanismo por via do qual a

⁷⁶ Sérvulo Correia, Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa, *ina*, nº 9/10 Janeiro. Junho 1994 p 138.

⁷⁷ Algumas notas sobre o princípio da participação na Constituição da República Portuguesa *vide* Janaína Rigo Santin, o Princípio da participação na Administração Pública portuguesa *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, edição especial Luanda 2015 p 414-469.

⁷⁸ Gustavo Henrique Justino de Oliveira, Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro, Brasília a. 34 n. 135 jul./set. 1997 p 274.

⁷⁹ Neste mesmo sentido mas em relação à notificação dos actos administrativos, Pedro Gonçalves *in* Notificação dos administrados (notas sobre a génese, âmbito, sentido e consequências, de uma imposição constitucional), *ab vno ad omnes*, nos 75 anos da Coimbra editora, Coimbra editora, 1998 p 1091-1092.

⁸⁰ Sobre o tema, Alexandra Leitão, Contratos interadministrativos, Almedina 2011.

⁸¹ “É comum ligar à noção de procedimento administrativo uma ideia de princípio de consenso ou concertação de relações autoritárias de poder público. Ainda que não seja adequado exagerar esta linha

Administração Pública prossegue os interesses públicos, em alternativa às tradicionais formas unilaterais⁸², tendo com isso assegurada a composição da melhor decisão possível ao abrigo dos postulados gerais do Direito Administrativo. Claro que são colocados à concertação alguns limites porquanto, o poder de decisão como tal, sempre caberá à Administração, estamos apenas a falar de mecanismos mais democráticos para obtenção de uma decisão⁸³.

No limite, o direito a participação no procedimento não deve ser encarado como um fim em si mesmo, porquanto ele tem a sua razão de ser num outro princípio, o da dignidade da pessoa humana⁸⁴, que orienta a participação do indivíduo detentor de direitos e posições subjectivas, de tal sorte que a tomada de uma decisão pela administração sem que ao cidadão seja dada a possibilidade de se exprimir por qualquer forma, será uma decisão inválida.⁸⁵

Hodiernamente é fácil notar que as normas produzidas pelos estados ligadas ao direito privado ou ao direito público, estão directa ou indirectamente ligadas ao procedimento administrativo, pois estes precisam de afinar os mecanismos de se relacionar com os cidadãos, ao mesmo tempo devem satisfazer as necessidades colectivas, por via da tomada de decisões devidamente antecedidas de uma sequência de actos e formalidades ajustadas aos problemas levantados.

Portanto, vai se verificando ao nível dos vários ordenamentos jurídicos, uma tendência para a escolha de formas de actividade administrativas mais relacionais, gerando situações em que se utiliza com maior frequência por exemplo a figura do

de força, maxime quando os dados legais não são inequívocos, ou pelo menos, tão inequívocos como noutros ordenamentos – caso da lei italiana do procedimento, que no artigo 11º prevê, a ocorrência dos designados acordos integrativos e substitutivos do acto administrativo, mesmo quando o procedimento tenha sido impulsionado para a prática de um acto desse -, o certo é que, em várias disposições do CPA já encontramos normas e princípios que, de algum modo, derivam daquela ideia de concertação ou consenso com os interessados, no exercício de poderes autoritários pela Administração (será, por exemplo, o caso dos contratos administrativos substitutivos de actos administrativos de revogabilidade dos actos constitutivos de direitos”. Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves, João Pacheco Amorim, Código de Procedimento Administrativo comentado 2ª edição Almedina 2010 p 38-39.

⁸² Sobre a derogabilidade da unilateralidade na actividade administrativa, Paulo Otero, Legalidade e Administração Pública, o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Almedina 2003p 834-844.

⁸³ Luís Cabral de Moncada, A relação jurídica administrativa, Coimbra editora 2009 p 144-145.

⁸⁴ O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado princípio absoluto que não deve no uso da técnica da ponderação, ceder perante outros. Robert Alexy Teoria dos direitos fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros editores 2006 p111.

⁸⁵ Janaína Santino, O princípio b cit.. p 430.

contrato administrativo, face ao acto, o que contribui para o abandono de alguns complexos na relação administração e cidadãos. Tais complexos muitas vezes conducentes a um tratamento subalternizado do cidadão face à Administração Pública, estão hoje completamente ultrapassados, por força dos mais recentes entendimentos do princípio da legalidade que submete à administração e os cidadãos a obediência do mesmo tipo de normas, podendo afirmar-se que ambos estão numa posição paritária⁸⁶.

O procedimento assume-se como um mecanismo em torno do qual gira toda a actividade administrativa, exercendo por conseguinte um papel instrumental no quadro das várias alternativas que são colocadas à administração no que tange às formas de actividade. Esta relevância e instrumentalidade do procedimento é levada tão a sério que a sua inobservância é passível de sanções severas ao nível das invalidades⁸⁷ do Direito.

Sobre a importância da procedimentalização da actividade administrativa, o professor Sérvulo Correia afirma o seguinte:

*“A procedimentalização da actividade administrativa corresponde à necessidade de objectivar a vontade de uma pessoa colectiva pública através de uma sequência de actos e formalidades pré-ordenados e fixados no termo da qual a vontade dos suportes dos órgãos se despersonalize e combine numa vontade qualitativamente distinta: a da pessoa colectiva. Por esse modo, reúnem-se as melhores condições para a prossecução do interesse público graças à necessidade da intervenção de vários órgãos, do confronto de pareceres, da expressão e publicação de motivos, da sujeição a controlos. Fica assim melhor protegido o valor da imparcialidade, do mesmo passo que se tornam mais difíceis os erros de perspectiva na aplicação das regras da boa administração.”*⁸⁸

Portanto, o processo decisório é enriquecido pela ideia do procedimento, de tal sorte que este está ao serviço da administração na busca da melhor decisão aos olhos

⁸⁶ Pedro Machete Estado... ob cit... p 459-460.

⁸⁷ Sobre as invalidades em especial no domínio da contratação Pública, Raquel Carvalho, As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços, Almedina 2010, p 68.

⁸⁸ Sérvulo Correia Legalidade.. ob cit.. p 579.

do interesse público. O procedimento permite que a administração antes de tomar uma decisão converse, troque experiências, efectue estudos etc⁸⁹.

A par do que já se afirmou a propósito da história do procedimento, e para que se compreenda mais uma vez o contexto actual em que o procedimento é o centro de toda actividade administrativa, cumpre apresentar algumas notas sobre as várias gerações de procedimentos⁹⁰.

Os procedimentos de primeira geração atendem exclusivamente a aplicação do Direito, no âmbito de uma administração autoritária primariamente virada para o interesse público que no entanto deve ser materializado incondicionalmente. Destacando-se como exemplo os pedidos de licença para o exercício de uma actividade. Por sua vez, os procedimentos de segunda geração estão ligados ao Estado Social, que aprendeu as lições com o Estado Liberal e abriu-se mais aos cidadãos, dando origem a outro tipo de postura comportamental por parte da administração, com efeitos directos sobre o procedimento, tanto é que uma das tónicas desta modalidade foi a aprovação de normas regulamentares devidamente procedimentalizadas. A terceira geração ligada a época moderna, privilegia actuações procedimentais cada vez mais relacionais, porquanto reconhece papel activo ao cidadão que agora necessita de interagir com a administração, interacção esta que se coloca por isso, como condição sem a qual a administração fica impossibilitada de realizar os seus desígnios.

Por outro lado, e como resulta da própria natureza, o procedimento permite aplicar o direito da melhor maneira possível, pois permite planificar e com isso racionalizar os meios a serem usados na marcha rumo à decisão. Esta marcha apresenta-se igualmente como mecanismo por via do qual a administração transmite aos cidadãos uma imagem de confiança e segurança, na medida em que mostra em termos claros e transparentes o caminho a seguir, a linha que serve de base à sua actuação, estando excluída qualquer actuação empírica.

⁸⁹ O Procedimento Administrativo facilita a cooperação administrativa. Eberhard Schimtd, Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional, p 76.

⁹⁰ Sobre a matéria, a qual seguimos de perto, Javier Barnes, Tres generaciones de procedimiento administrativo, *in* Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, editorial Universitaria de Buenos aires, 2011 p 128 ss.

O procedimento representa hoje a história de um acto da administração, o acto em devir o progredir⁹¹. Em nenhum outro momento da actividade administrativa, a satisfação das necessidades públicas é colocada em análise e no “laboratório”, como no procedimento administrativo. A utilização do instituto propicia uma melhor satisfação das necessidades colectivas.

Para além do que foi afirmado sobre as razões que justificam a utilização do procedimento, importa adicionar que é o próprio interesse público⁹² que obriga a administração a usar as melhores formas para alcançá-lo⁹³, nestes termos o procedimento será o melhor mecanismo para a realização do interesse público por via da vinculação da administração à determinados parâmetros jurídicos⁹⁴.

A Administração Pública, sob pena de violação do dever de boa administração, deve privilegiar a busca pelo interesse público, destarte não basta prosseguir o interesse público, tem de ser a melhor referência, a luta pelo alcance do melhor interesse público possível, associado à ideia de perfeição e de adequação, falando-se a propósito, da optimização das decisões administrativas tendo como parâmetro, os fins da actividade administrativa⁹⁵.

No plano das relações entre poder administrativo e judicial, o procedimento permite acautelar certos interesses dos cidadãos fundamentalmente quando não existem formas judiciais de os realizar com a eficiência exigida pela natureza da situação, ou mesmo quando não existem meios que em absoluto possam realizá-los. Sabendo que nos últimos tempos tem aumentado a actuação administrativa sob a égide de reserva de poder, e diante das limitações colocadas ao poder judicial, urge apostar no procedimento como forma de controlar a administração, pois aí ela estará

⁹¹ Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, *Noções fundamentais de Direito Administrativo* 3ª edição Almedina 2013 p 198.

⁹² Do princípio da prossecução do interesse público decorre a imposição da procura do meio óptimo para concretizar esse interesse, neste sentido, a eficiência da administração pública deve ser considerada um imperativo constitucional. Marta Portocarrero, *Modelos de simplificação Administrativa*, Publicações Universidade Católica, 2002 p 27.

⁹³ Sobre as teorias das formas de actividade administrativa, Eberhard Schmidt-AiSmann, *La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa*, DA 1993 nº 235-236.

⁹⁴ Pedro Machete, *A Audiência ob cit...* p 86.

⁹⁵ Paulo Oteló, *O poder...* ob cit.. p 640.

inapelavelmente vinculada a padrões de domínio geral e claros ao ponto de as irregularidades serem facilmente notadas⁹⁶.

Na esteira do Professor Canotilho, tendo em conta a compensação das insuficiências judiciais o procedimento permite:

- a. Fazer transparecer factos e questões, que, de outro modo, não se suscitariam e que passariam jurisdicionalmente despercebidos;
- b. Permitir o acréscimo de controlo administrativo (ainda não independente) nos casos de menor densidade de controlo jurisdicional, como em sede de relações especiais de poder;
- c. Por se deverem observar, logo no procedimento, princípios e regras que um conjunto jurisdicional *ex post* dificilmente detectaria, se não estivessem já ali consagrados;
- d. Por permitir ao particular muito antes da decisão final, litigar pela sua razão posta em marcha ou actuar efectivamente.⁹⁷

Por via do exposto, se vai evidenciar a posição subjectiva que o cidadão deverá exercer diante da administração, falando-se a propósito de uma dimensão garantística do procedimento. As garantias dos cidadãos apresentam-se como uma das facetas do Direito Administrativo, e se o procedimento visa a sua aplicação, não é difícil vislumbrarmos aí uma função garantística⁹⁸.

O Direito Administrativo por via das suas normas concede faculdades e poderes aos particulares para que estes possam no âmbito do procedimento administrativo exercer posições subjectivas, ao abrigo de normas procedimentais que vinculam a administração a seguir determinados caminhos se quiser efectivar da melhor maneira, sob pena de invalidade, os princípios da legalidade e da constitucionalidade.⁹⁹

⁹⁶ José Carlos Simões Loureiro Procedimento... ob cit.. p 83.

⁹⁷ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves, João Pacheco Amorim, Código... ob cit... p 37.

⁹⁸ Existem três grandes perspectivas na teoria geral do Direito Administrativo – a da organização administrativa, a da actividade administrativa, e as garantias dos particulares. Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo vol I 2ª edição Almedina-Coimbra 2009 p 591.

⁹⁹ Mário Estes de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e João Pacheco Amorim Código ob cit... p 36.

O posicionamento do cidadão ao nível do procedimento assenta acima de tudo na perspectiva de prevenir lesões aos seus direitos que estão ligados à vários aspectos da sua personalidade. Na dimensão cronológica fala-se por exemplo do direito a participar, que em seguida será responsável pelo “surgimento” de outros direitos fundamentais donde se destaca e por ter uma dimensão instrumental, o direito à informação procedimental.¹⁰⁰

A dimensão instrumental deste direito acentua-se na medida em que surge como forma privilegiada ao dispor do cidadão para influenciar a decisão a ser tomada, por via da transmissão à administração de elementos que possam determinar o conteúdo da decisão a ser tomada, fundamentalmente porque ela não é onisciente, está limitada, daí que se afigure de extrema importância o contacto que faz com os cidadãos.¹⁰¹

Inerente à natureza do procedimento administrativo, a informação visa em primeiro lugar, *“proteger a Administração dela mesma ao impedi-la de cair sob domínio de grupos de interesses ou gerar posições autoritárias; serve de contrapeso às prerrogativas da Administração; é um instrumento para melhor proteger os direitos dos cidadãos; facilita o controlo da Administração; a tentação e o risco constante da arbitrariedade, a inércia e as irresponsabilidades administrativas”*¹⁰².

Por fim e como já o afirmamos, o procedimento administrativo não está exclusivamente ao serviço dos cidadãos, antes ele situa-se no meio das relações entre administração e cidadãos, de modo a suavizar o contacto entre ambos, que muitas vezes e por falta de elementos mediadores, tende a ser extremamente desequilibrado, com tendência para subalternização do cidadão detentor de direitos fundamentais¹⁰³.

Daí que se fale hoje e na senda do que temos vindo a afirmar, que na perspectiva substancial o procedimento visa a realização do equilíbrio e de mediação entre a prossecução do interesse público em respeito pelos direitos e interesses dos cidadãos, e interesses privados, o equilíbrio referido está associado à sua própria natureza,

¹⁰⁰ Sobre o tema e tratado com a profundidade exigida, Raquel Carvalho, o Direito à informação Administrativa procedimental, Publicações Universidade Católica 1999.

¹⁰¹ Sérvulo Correia, Direito à informação... ob cit... p 152.

¹⁰² Raquel Carvalho, o Direito... ob cit... p149.

¹⁰³ Sobre as vantagens do Procedimento para a administração pública, colocando a nota nas ideias de eficiência e racionalidade, Mariana Portocarrero, Direito à informação ob cit... p 129.

assente na ideia do contraditório. O tempo ajudou a provar que mais vale nos preocuparmos com os passos e a história de formação do acto do que com a sua exteriorização, porquanto a partir da análise dos passos da sua formação, poderemos diagnosticar eventuais problemas que se verifiquem no presente¹⁰⁴, tal qual o médico que antes de passar a receita e traçar o quadro clínico do paciente analisa o seu historial. Ora o procedimento representa com a exactidão prevista tal preocupação. Neste sentido, alguns autores colocam o tónico sobre a instrução, quando se referem aos momentos mais importantes do procedimento administrativo.¹⁰⁵

O tratamento e os estudos das matérias relativas às posições subjectivas que podem ser exercidas pelos cidadãos face à Administração, estão na base das pesquisas acerca relações jurídico-administrativas que representam o ápice do estudo do procedimento e do seu consequente estatuto de figura central do novo Direito Administrativo.

Ao ponto de se afirmar que a relação jurídico-administrativa se situa no primeiro plano, no que ao processo decisório se diz respeito, servindo num outro prisma para garantir a aproximação do cidadão ao Direito Administrativo. Neste processo, as posições das partes são relativizadas no sentido de espelhar a dimensão paritária que se pretende instituir nas relações entre Administração e cidadão¹⁰⁶. Esta situação será pormenorizadamente abordada mais adiante.

O procedimento administrativo é transversal à administração e ao estado, sendo utilizado por outros poderes (legislativo e o judicial) a quando da sua actuação nas vestes de entidades administrativas e não só, tal é assim porque se percebeu que mesmo nestes sectores, em que as entidades em questão, deveriam estar sujeitos a outros regimes, o direito administrativo e consequentemente o procedimento administrativo

¹⁰⁴ “O correcto entendimento do procedimento e o conhecimento das suas várias fases, bem como da função que cada uma desempenha dentro dele, são fundamentais, por vezes, para se compreender a invalidade do acto principal. É que esta pode ser determinada pela incorrecta tramitação dos atos do procedimento, gerando-se, com isso vícios de procedimento ou de conteúdo de acto principal”. Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, ob cit... p 197.

¹⁰⁵ Neste sentido e sobre o que apresentamos neste parágrafo, Luís Filipe Colaço Antunes, o Procedimento Administrativo de avaliação de impacto ambiental, Almedina 1998 p 116ss.

¹⁰⁶ Eberhard Schmidt-Afimann, La doctrina... ob cit... p 26.

revelaram-se as melhores vias para que estes órgãos materializem os interesses públicos, intrínsecos à sua natureza¹⁰⁷.

Apesar de tudo, ainda existem correntes que apontam com bastante veemência argumentativa algumas desvantagens e inconvenientes resultantes da utilização da figura do procedimento administrativo pela Administração Pública¹⁰⁸.

Argumentos como;

- a) O procedimento normativo escrito não permite a flexibilidade e a eficiência da actividade administrativa;
- b) Não é conveniente importar para a administração os excessos formalistas do processo judicial;
- c) Para os funcionários interessa mais a observância do procedimento do que o controlo dos resultados;

Com efeito, podem ser avançadas outras críticas contra a utilização da figura do procedimento administrativo que é perfeitamente normal, entretanto, não podemos esquecer que modernamente não existe alternativa à utilização do procedimento. Este desde que convenientemente implementado serve naturalmente para a realização das finalidades da Administração Pública e do Direito Administrativo.

O moderno procedimento assenta em novos princípios donde se destacam, a flexibilidade em nome da eficiência, pois são as normas procedimentais que em atenção ao princípio da eficiência determinam que em certas circunstâncias a administração atenua a rigidez procedimental, ou seja; recebe uma habilitação normativa para que, em função do contexto, adopte a melhor decisão à luz do mérito. O estudo da discricionariedade instrutória é prova de que mesmo no procedimento escrito nem todo o ritual está rigidamente consagrado. Ademais, a reserva da administração¹⁰⁹ confere a

¹⁰⁷ Entre nós e reconhecendo a aplicação do Procedimento Administrativo na actividade parlamentar, Camilo Gomes Buange, O exercício do poder decisório em matéria administrativa na Assembleia Nacional de Angola, um imperativo de normalização? Assembleia Nacional 2012 p 106 ss.

¹⁰⁸ Nuno J. Vasconcelos Alburquerque Sousa, Noções de Direito Administrativo, Coimbra editora 2011 p 289.

¹⁰⁹ Sobre o tema e seus contornos em especial no Direito Alemão, Luís Cabral de Moncada, Lei e Regulamento, Coimbra editora 2002 p 369ss.

esta o poder para regulação e adopção de comportamentos que achar melhor a luz do interesse público dentro do seu espaço de actuação constitucionalmente atribuído.

A eficiência e eficácia apresentam-se hoje com uma dimensão jurídica, associadas e como materializadoras do princípio do Estado de direito¹¹⁰. Em parte estes contornos (relevância atribuída aos dois princípios) resultam de um princípio essencialmente económico que apregoa a escassez dos recursos económicos face às necessidades que já se sabe que são ilimitadas.

O segundo ponto pode igualmente ser postergado pois, existem diferenças sonantes entre os tribunais e a administração, porquanto a sua criação está associada a lógicas diferentes. Por outro lado, a tendência actual é para a redução dos excessos e adopção de modelos cada vez mais simplificados, até porque se assiste um pouco por todo mundo, um movimento de desintervenção da administração em determinados sectores, com particular realce para o procedimento, evidenciando reflexos directos na redução dos prazos e formalidades impostas aos particulares, daí que a crítica referida não deve ser acolhida.

Tanto é que hoje se discute com muita acutilância, a questão da influência do tempo, dos prazos e consequências decorrentes da sua preclusão¹¹¹ no Direito

¹¹⁰ Marta Portocarrero Modelos... ob cit... p 25.

¹¹¹ “O aparente desinteresse da doutrina contrasta com o número crescente de casos em que o legislador recorre à figura da caducidade para regular matérias de direito administrativo. A nossa disciplina é propensa à fixação de prazos de caducidade e à atribuição de efeitos análogos a outros factos para lá do decurso do tempo. As circunstâncias da actuação administrativa, em especial quando sujeitas à aceleração de ritmos própria das sociedades modernas, reforçam as exigências de rápida estabilização das situações jurídicas e colocam tensões crescentes à actuação de todos os sujeitos, na perspectiva de uma aquisição expedita de certezas jurídicas. Ora, como veremos, no direito administrativo as situações de caducidade – ou como tal designadas – revelam não apenas um crescimento quantitativo, mas também uma progressiva diversidade, surgindo em contextos muito variados e cada vez mais distantes do paradigma civilístico da preclusão de um direito pelo seu não exercício tempestivo. Contextos, porventura, demasiado variados: a expansão da caducidade nas áreas administrativas tem sido acompanhada por uma multiplicação de configurações e de regimes jurídicos, que uma doutrina pouco atenta não tem conseguido tratar eficazmente. Existe, porém, a consciência crescente de que a caducidade jurídico-administrativa é uma realidade plural, envolvendo realidades que exigem um tratamento dogmático diverso – e pressente-se até que nem tudo será caducidade, que sob uma designação unitária se escondem figuras heterogéneas. Em jeito de conclusão antecipada, pode dizer-se que a situação dogmática actual surge lapidariamente retratada na frase pouco tranquilizadora de Alessandra Sandulli: —O termo caducidade é utilizado no direito administrativo para designar, com duvidoso rigor hermenêutico, uma série não homogénea de fenómenos, não enquadráveis numa categoria tipológica unitária”. Luís Fábria Caducidade no Direito Administrativo, V encontro de professores de Direito Público, ICJP e FDUL 2012 ebook, p 65-66. Sobre a temática, “Desde mi punto de vista, parece difícil poner en duda que la vigente regulación de la caducidad procedimental (no, desde luego, las interpretaciones de que ha

Administrativo. Neste domínio, a questão principal prende-se com o facto de saber a duração do procedimento, para que ele seja considerado justo. É neste sentido que o Professor Canotilho indica três ideias basilares relativas à dicotomia procedimento vs tempo; a duração de um procedimento é um factor de localização de actividades económicas; a duração do procedimento é um método de internacionalização dos custos sociais; a duração do procedimento provoca custos sociais de oportunidade.¹¹² Pelo que a tendência moderna é sujeitar o procedimento administrativo à prazos fixos e cada vez mais reduzidos - sem prejuízo das alterações determinadas pela natureza do assunto em causa - cuja violação abarca consequências severas.

Sobre a terceira crítica, cumpre-nos afirmar o seguinte; o raciocínio que temos vindo a defender acerca do espaço que o procedimento assume no contexto da nova

sido objeto) se inspira primariamente en el valor de la protección del ciudadano frente a la actuación administrativa. Aludir sólo a la seguridad jurídica me parece, sin embargo, poco expresivo. A mi entender, la razón última de la caducidad se encuentra en un indeseable efecto psicológico, bien conocido de muchos ciudadanos: me refiero a la eficacia intrínsecamente punitiva que posee la mera tramitación de procedimientos públicos de resultado potencialmente gravoso, antes de su resolución, y, por tanto, al imperativo de fijar al sufrimiento que infligen un límite temporal terminante. Ésta es una realidad a la que la Administración suele ser insensible (no en todos los casos, desde luego), pero que es evidente e insoslayable: la tramitación de determinados procedimientos de resultado potencialmente desfavorable provoca en sus destinatarios un nivel de desasosiego muy superior al que genera su propia resolución, con independencia del contenido efectivo de ésta, meramente por la inestabilidad emocional (por no hablar de la económica) que produce el factor incertidumbre. Las personas que trabajan en el en torno de la justicia penal conocen a la perfección este mecanismo, al que se conoce con la cínica expresión de «pena de banquillo». La caducidad de los procedimientos es, justamente, la técnica encaminada derechamente a luchar contra esta «pena de banquillo administrativo» que, nos guste o no, es tan real como cruel; algo que todos los servidores públicos saben, pero a lo que es sumamente difícil renunciar, por el poder y el temor reverencial que proporcionan. Pero esta forma de punición no es admisible más que con límites estrictos: la Administración está en su derecho, por motivos de observancia de la legalidad, de perturbar la vida de un ciudadano teniendo pendiente respecto de él un procedimiento potencialmente desfavorable, pero sólo durante un tiempo fijo, predeterminado e improrrogable, transcurrido el cual el procedimiento debe extinguirse. En términos coloquiales, la caducidad se funda en el sagrado derecho a no ser molestado más que durante un tiempo concreto, predeterminado e improrrogable. No otra es la razón de ser de esta técnica, a la luz de la cual debe interpretarse y aplicarse. Por supuesto, la caducidad tiene también algo que ver con los valores propios de la actuación administrativa, pero éstos poseen un carácter secundario, accesorio o meramente derivado del que antes mencioné. La caducidad es también un acicate a la actuación rápida de los servicios administrativos, a su «productividad» en términos de despacho de expedientes y, por lo mismo, a la inmediatez y actualidad de tal actuación, que no es lícito aplazar tramitando procedimientos inacabables a los que cada día convierte un poco más en historia. Pero tal acicate constituye meramente un efecto indirecto de la caducidad; no, desde luego, su razón de ser. La caducidad está al servicio de los ciudadanos afectados por procedimientos desfavorables, no de la actuación expedita de la Administración". Juan Alfonso Santamaria Pastor, Caducidad del Procedimiento, in Revista de Administración Pública nº 168 2005, p 16-17. Ainda sobre a temática da influência do tempo com particular enfoque para o contencioso administrativo, Isabel Celeste Fonseca, Processo temporalmente justo e urgência, Coimbra editora 2009.

¹¹² Marta Portocarrero, Modelos... ob cit.. p 37-38

administração, assenta em vários vectores donde o mais importante é o homem assim, a questão ora levantada pode ser facilmente contornada se haver uma aposta nos recursos humanos, pois é da sua preparação que depende o sucesso ou insucesso das premissas apresentadas. O funcionário tem de estar preocupado com os dois elementos¹¹³; executar as normas e exigências procedimentais fugindo delas quando necessário, desde que legalmente habilitado para o efeito, e com os resultados da decisão, intrinsecamente ligados à forma como o procedimento foi conduzido. O resultado deverá porque público, merecer todo tipo de avaliações, sobre a administração impende o dever de fundamentação das suas opções, como elemento legitimador e que concorre para a sua anuência por parte dos destinatários. Por outro lado, o resultado deve ser o melhor possível à luz do interesse público, para tal afigura-se necessário seguir o procedimento naturalmente virado para àquele fim, o que por si só é bastante elucidativo acerca da indissociável ligação entre o procedimento e seus resultados. Não é em vão que em determinados sectores da administração premeiam-se os melhores funcionários, cujos elementos para o efeito, são obtidos também em função dos resultados dos procedimentos em que estes estejam envolvidos

A despeito das críticas apresentadas para afastar a utilidade e centralidade do procedimento administrativo para Administração Pública, principalmente aquelas que afirmam não haver espaço de manobra para o funcionário público que está vinculado aos passos legalmente estabelecidos e que portanto a ele não resta outra alternativa senão seguir cegamente, tal qual *robot nas grandes linhas de produção* habitualmente rotineiros e mecânicos, sem reflectir pois só tem de usar os automatismos, não procedem pois é a própria dinâmica administrativa que obriga a administração a decidir não apenas de acordo com a lei, mas a procurar as soluções que melhor se adequem a realidade, gerando assim resultados positivos. Isso não é possível se haver uma fixação absoluta às normas jurídicas sem atender ao contexto em que elas se vão aplicar. É nestes termos que se discutem conceitos como reserva de administração¹¹⁴, discricionariedade, planificação, instrução, regulamentação, etc, que por si só

¹¹³ A formação para tal é sempre possível.

¹¹⁴ Sobre as teorias de negação da reserva de administração, Pedro Moniz Lopes, Derrotabilidade normativa e normas administrativas, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2012, p 552ss.

evidenciam a dimensão criadora da Administração Pública, traduzem fielmente a sua capacidade para responder contextualmente aos problemas que diariamente lhe são colocados. E nisso tudo, o principal papel é reservado ao funcionário que deve pôr toda sua inteligência e raciocínio a favor da administração, pensando nas soluções adoptar, fundamentalmente quando da lei não resulte qualquer indicação. Claro que a relação legalidade discricionariedade deve ser bem doseada e estudada, com formas de controlo e limitação para um e outro.

3. Legalidade vs. Discricionariedade¹¹⁵.

Ainda dentro desta parte inicial reservada ao estudo do procedimento administrativo e seus principais problemas e contornos, é chegada a hora de analisarmos dois dos maiores problemas que o Direito Administrativo coloca à Administração Pública, que consiste em saber até que ponto ela se encontra vinculada à lei, será que basta que ela se submeta apenas à lei, ou existem outras sujeições que ultrapassam a mera legalidade¹¹⁶. Por outro lado, quando é que a administração pode decidir e orientar a sua actuação sem ter a lei como referência directa? Faz sentido que em algumas situações se permita que a administração crie padrões e seja a única a actuar sobre um determinado domínio? Esta e outras questões serão analisadas neste ponto, cujo objectivo é encontrarmos e determinarmos um “terreno” firme sobre o qual se podem movimentar a legalidade e discricionariedade, de modo a conservar e manter viva a chama, relativamente às razões que estão na base da aplicação destes dois institutos à actividade administrativa.

Já afirmamos que o procedimento é um espaço privilegiado de equilíbrios entre os interesses públicos e privados, que por isso obriga os funcionários públicos a utilizarem a técnica da ponderação por altura da decisão. Para além desta relação de

¹¹⁵ Sobre o fundamento do poder discricionário e a sua evolução histórica, José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira, A Discricionariedade Administrativa, *Scientia Iuridica* – T. XLVIII, 1999 nº 280/282.

¹¹⁶ Sobre a discricionariedade no domínio dos regulamentos Administrativos, André Sagado Matos, Princípio da legalidade e omissão regulamentar, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano vol I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006 p 199-203.

duas variáveis concomitantes, existe uma outra que se coloca a esta em termos paralelos, que é relação legalidade vs discricionariedade, cuja aplicação diária pela administração deve de ser bem temperada, sob pena de termos uma actuação completamente fora “de rota” excessiva e distanciada dos padrões, ou nas palavras do professor Vasco Pereira da Silva, “não se pode colocar muito sal na sopa senão ela perde o gosto, porém sem o sal ela fica igualmente sem gosto, pelo que temos de colocar a quantidade certa”. Portanto, este caminho de equilíbrios pode ser percorrido com certeza e objectividade, para tal precisamos de contruir as vias de acesso para que o percurso seja possível e nos termos acima enunciados.

Não podíamos começar a incursão ao tema sem a natural referência histórica que nos ajudará a perceber a evolução do instituto e a sua relevância no âmbito da moderna administração. A medida em que formos tratando do princípio da legalidade e porque resulta da natureza das coisas, iremos falar também da discricionariedade.

A relevância do princípio da legalidade começou a ser discutida a partir do momento em que se apercebendo da dimensão dos poderes públicos, o homem sentiu a necessidade de se defender da actuação estatal, precisava de um elemento que respeitado pelo estado, e por si, serviria de padrão orientador daquele e ao mesmo tempo defensor dos seus interesses, um verdadeiro denominador comum. Foi nestas condições que começou a ser discutida a necessidade do princípio da legalidade, que serviu nesta fase, para garantir a protecção dos cidadãos face aos poderes exercidos pelo estado/administração.

Por outro lado, a lei como tal atingiu os patamares conhecidos como resultado da sua importância para a vida e subsistência do estado, na senda do Professor Rogério Soares, “dos três poderes o legislativo é o único que goza de uma desvinculação absoluta, os limites que lhe são impostos não têm natureza jurídica”¹¹⁷. “Nestes termos o Estado socorre-se da lei, para garantir a ordenação da vida social, tendo em conta os critérios de justiça distributiva”¹¹⁸.

¹¹⁷ Rogério Soares Legalidade... ob cit... p100.

¹¹⁸ Rogério Soares Legalidade... ob cit.. p101.

Será a lei por isso responsável pela definição dos interesses reinantes, os interesses postergados, os valores e voga, etc, daí que em função da sua relevância para a sociedade ela tenha de ser criada por alguém com legitimidade suficiente de modo a evitar questionamentos quando ela for ao encontro de determinadas situações da vida. Esta entidade deverá ser o povo e subsidiária ou alternativamente o seu legítimo representante.

A lei dirige e orienta a vida das pessoas, vai definir as condições de precedência de interesses ou seja, as situações em que deverão os interesses dos cidadãos prevalecer face a administração porque relevantes e como resultado, esta deverá proteger e garantir a sua realização. Em outras circunstâncias, é a própria lei que estabelece e prioriza a perspectiva defendida pela administração face ao particular e orienta a sua realização, determinando por exemplo a ilicitude das posições dos particulares.¹¹⁹

No período de Estado Polícia não há legalidade administrativa, não se podia falar em termos rigorosos desta faceta do referido princípio, muito menos em obediência ao direito, o Rei tinha poderes absolutos¹²⁰, podia fazer tudo o que lhe apetecesse, com excepção das matérias que eram atribuídas ao poder judicial. Nem os direitos dos particulares funcionavam como limites àquele poder, não havia mecanismos jurídicos para os realizar, conseqüentemente os cidadãos não tinham meios para se defender da actuação do monarca.¹²¹

Nesta fase, o único critério orientador da actuação do Estado era a vontade do soberano, não se sentindo por isso qualquer necessidade de a limitar por via de normas, o que permitia caracterizar a administração como sendo de polícia, pois a dimensão política evidenciava-se das demais.¹²²

Este cenário alterou-se significativamente com a revolução francesa, e o advento do Estado Liberal, nesta fase por força dos princípios apregoados pelo liberalismo, a administração começou a subordinar-se à lei, passando a estar proibida de praticar actos que a violassem, iniciou-se por força disso, a desenvolver-se a dimensão negativa do

¹¹⁹ Rogério Soares Legalidade... ob cit... p 44.

¹²⁰ Luis Cabral de Moncada, Lei e Regulamento, Coimbra editora 2002, p 31.

¹²¹ Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo vol II, 2ª edição 2012, Almedina p 52.

¹²² Lus Cabral de Moncada, Lei ... ob cit... p33.

princípio, pois o objectivo era limitar a actuação administrativa que fruto do modelo anterior o absolutista, podia fazer tudo, daí que a primeira preocupação dos liberais fosse a de criar limites à actuação do aparelho administrativo.

Os direitos fundamentais se colocaram então como principal limite à actuação administrativa, no entanto a ideia de limitação foi evoluindo ao ponto de se atribuir ao princípio da legalidade novas configurações, por força do crescimento das funções do estado, da acentuação do princípio da separação de poderes e consequente empoderamento do parlamento em face aos outros poderes.

Nos momentos posteriores verificou-se uma evolução na concepção do princípio da legalidade¹²³, -dado que desta perspectiva excessivamente legalista resultaram uma série de incompreensões todas elas em desfavor do cidadão e dos seus direitos fundamentais- ao ponto de o considerar, não apenas como sinónimo de obediência à lei, mais ao Direito¹²⁴ na sua dimensão mais ampla possível, falando-se a este respeito de juridicidade.

O princípio da legalidade apresenta-se hoje como um dos vectores mais importantes do Estado de direito, associado à uma exigência de precedência de lei, que vincula e estabelece a sujeição dos órgãos administrativos a um conjunto de normas na base da qual serão produzidos todos efeitos da sua actuação.¹²⁵

¹²³ Sobre a génese, evolução e sentido do princípio da legalidade, dentre outros Vide, Sérvulo Correia Legalidade... ob cit.. p 19 ss. Paulo Otero Legalidade e ... ob cit.. p 45 ss. Jorge Reis Novais, Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, Coimbra 1987 p 90. Jean Rivero Direito Administrativo, Almedina Coimbra 1981 p 91 ss. Albano Macie, Lições de Direito Administrativo vol I, Escolar editora 2012 p 143. António Francisco de Sousa, Manual de Direito Administrativo Angolano, vida económica 2014 p 199 ss.

¹²⁴ “Não existe, portanto, qualquer confusão possível entre (i) princípio da legalidade e (ii) (bloco de) legalidade, na medida em que, enquanto a segunda realidade expressa as normas do ordenamento jurídico, a primeira consubstancia uma norma, ou comando deontico regulador do exercício da função, que impõem um relacionamento de conformidade e respeito pelo objecto da segunda (o bloco de legalidade). Como também já se referiu a natureza de princípio da norma de legalidade administrativa subordina-a a todas as características assacadas às normas de princípio, designadamente, a (i) optimiação de um efeito normativo de condutas às regras do ordenamento à típica expansibilidade da previsão da norma de princípio e, consequentemente, (ii) a cedência condicional, em casos concretos, face as normas de princípio de sinal contrário”. Pedro Moniz Lopes, Princípio da boa fé e decisão administrativa, Almedina 2011 p 148.

¹²⁵ Mário Aroso de Almeida, princípio da legalidade e boa administração dificuldades e desafios, in Teoria Geral do Direito Administrativo, temas nucleares, Almedina 2012 p 33.

É neste sentido que algumas correntes doutrinárias defendem a senilidade¹²⁶ do princípio da legalidade no espectro de obediência da administração à lei, pois hoje à sujeição da administração alarga-se à outros valores consagrados e instituídos na ordem jurídica. Se no princípio havia uma preocupação de vincular a administração apenas à comandos provenientes de que tem a legitimidade popular, hoje esta ideia já não se compatibiliza com perspectiva da administração criadora e que se movimenta em ordem a satisfação das necessidades colectivas mesmo sem qualquer habilitação legal (o Estado cresceu e com ele multiplicaram-se as fontes de vinculação, como forma de disciplinar a sua actuação, portanto o crescimento é proporcional às vinculações, num sistema de freios e contra-pesos), valendo como tal, a cláusula geral consagrada pelo princípio do interesse Público, enquanto motor da Administração Pública.

Assim, vão surgindo sectores em que a administração se vai movimentando livremente sem que haja pelo menos directamente vinculação à lei, como prova do que se afirmou acima, matérias como a criação dos seus serviços, em que não se cria direito propriamente dito e que as implicações de tais actos acabam por ter apenas uma relevância interna, ou ainda o sector das relações especiais de poder, em que o cidadão está vinculado a determinados padrões cuja abrangência se esgota no interior da Administração Pública¹²⁷.

O executivo vai se agigantando cada vez mais, afirmando-se no plano real, comparativamente aos outros dois poderes, verificando-se aquilo que Prosper Weil afirmou, a propósito do Direito Administrativo francês¹²⁸ “ *dos três poderes o executivo é, sem contestação, aquele que beneficiou nesta partilha, da parte de Leão: é o único a deter directamente a força pública, em toda acepção do termo, é ele que é chamado a tomar as inumeráveis decisões do dia a dia exigidas pela vida do Estado; é ele, por fim, que mais beneficia da extensão das atribuições e do aumento dos poderes do Estado no*

¹²⁶ Neste sentido, Ana Raquel Moniz, a Recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidade Almedina 2012, p 43.

¹²⁷ Rogério Soares, Legalidade... ob cit... p 174-175.

¹²⁸ Sobre o Estudo mais recente de alguns aspectos do Direito Administrativo francês, A execução Administrativa das decisões Administrativas no Direito Francês, Mário Aroso de Almeida *in* O Poder de execução coerciva das decisões administrativas Almedina 2011 p 30 ss.

*último meio século porque o intervencionismo económico, a planificação e o reforço do poder de polícia em nada puderam beneficiar o parlamento ou os tribunais*¹²⁹.

Neste contexto, sedimentou-se a ideia segundo a qual à administração é conferida liberdade subordinada ao direito, sujeita ao crivo do poder judicial relativamente ao conteúdo da sua actuação, na base da citada liberdade, não abrangendo tal fiscalização, o controlo “ das fórmulas atribuidoras da liberdade¹³⁰”, sob pena de causar um efeito contrário ao que presidiu a construção deste teoria, que é de inibir a administração na busca pelo bem-estar¹³¹.

É neste sentido que hoje se fala do princípio da juridicidade ao invés de legalidade, como forma de ultrapassar os inconvenientes restritivos que decorrem da expressão em causa, como afirma Prosper Weil, *“com o uso, o termo legalidade recebeu, contudo, um significado mais lato e tornou-se sinónimo de regularidade jurídica, de juridicidade: o bloco da legalidade (Harou) compreende hoje o conjunto de regras jurídicas que limitam a actividade administrativa.”*¹³².

Dentre as várias soluções consagradoras e reconhecedoras do papel da administração e da sua autonomia na prossecução do interesse público, a reserva da Administração é a que melhor cristaliza o que temos vindo a defender. Dentre outras coisas se discute a autonomia da administração na realização dos seus fins e objectivos de maneira livre e vinculada directamente à constituição, dispensando por isso qualquer intervenção pelo poder legislativo ou mesmo judicial. Neste sentido encontramos três grandes áreas em que esta reserva se manifesta; domínio organizatório, nas actuações concretas falando-se a propósito da reserva do caso concreto, relativa ao poder que

¹²⁹ Prosper Weil, O Direito Administrativo... ob cit... p 8

¹³⁰ Rogério Soares, Princípio da legalidade... ob cit.. p 191.

¹³¹ “O que neste particular há a reter, porém, é que a administração actua sempre segundo um princípio de necessidade, cuja concretização se realiza na politicidade do interesse público e em que ela participa constitutivamente. Tal concretização parte de opções originárias no ideológico-político, que professam uma visão e pretendem uma certa conformação social e que, como facto, se apresentam ou não de acordo com a ideia de direito que se lhes impõe como dever-ser. Mas justamente porque a juridicidade da iniciativa ou do facto administrativo não se encontra assegurada em si e por si (ou por essa qualificação), a respectiva conversão em norma jurídica é regulada pela norma procedimental como percurso que deve seguir-se para que a transformação do que é em dever-ser se dirija à justiça à ideia de direito, ainda que isso possa implicar a não concretização, a final, do facto administrativo começando na intencionalidade da iniciativa”. Rui Guerra da Fonseca, Fundamento da autotutela executiva da Administração Pública, Almedina 2012 p 593.

¹³² Prosper Weil O Direito... ob cit... p 117.

Administração tem de conceber e executar ela mesma os seus actos e a reserva para o exercício do poder regulamentar¹³³.

Segundo o professor Paulo Otero a autonomia do poder administrativo apresenta três principais manifestações¹³⁴;

- (i) Os actos produzidos pelo poder administrativo produzem efeitos por si, sem dependência da intervenção judicial, verificando-se que nem a sua invalidade, por contrariar normas legislativas, desde que reconduzidas a situações de anulabilidade, impede a sua eficácia obrigatória e o inerente dever de obediência pelos destinatários;
- (ii) Os meios de acção do poder administrativo são passíveis de produzir efeitos sem dependência da colaboração dos sujeitos seus destinatários, registando-se que, sem prejuízo da utilização também de meios bilaterais, o cerne do poder administrativo consubstancia-se no exercício de actos unilaterais de autoridade declarativa e executiva;
- (iii) Possui sempre o poder administrativo uma esfera discricionária de decisão exclusiva, enquanto área de liberdade conferida pelo legislador, por imperativo constitucional, proporcionando-lhe uma reserva de escolha e das soluções tendentes à prossecução do interesse público, sem que o seu conteúdo desde que respeite a juridicidade, possa ser sindicado pelos tribunais.

As promessas administrativas representam igualmente um outro campo em que se vai evidenciar a perspectiva da administração fora das amarras da lei, que efectivamente espelham a ideia de margem de liberdade de actuação, que muitas vezes só ao abrigo do princípio da juridicidade podem ser entendidas fundamentalmente nos casos em que a promessa administrativa seja favorável ao cidadão, exigindo-se

¹³³ Ana Raquel Moniz, Casos práticos de Direito Administrativo, Almedina 2012 p 36-37.

¹³⁴ Paulo Otero, Manual... ob cit... p 187-188.

unicamente para que se considere conforme ao direito, a consagração ou atribuição de competência para praticar o acto.¹³⁵

Tal como acontece com o poder judicial, a Administração Pública muitas vezes é obrigada a concretizar os conceitos indeterminados¹³⁶ que a lei propositadamente ou

¹³⁵ Neste sentido, João Taborda da Gama, *Promessas Administrativas*, Coimbra editora 2008 p 121-122. Para mais desenvolvimento acerca do tema, Filipa Urbano Calvão, *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, 1998, p 56ss.

¹³⁶ Normas administrativas em branco, muitas vezes remetem a sua concretização à Administração. Sobre a matéria, Miguel Prata Roque, *A dimensão transnacional do Direito Administrativo* aafd 2014p 923. “O fenómeno das “normas em branco”, não sendo desconhecido da doutrina jusadministrativa portuguesa enquanto expressão de uma remissão material para valorações que conferem ao respectivo aplicador uma especial “elasticidade” adaptativa da norma ao caso concreto, encontra na doutrina juspenalista, no entanto, um campo de particular desenvolvimento dogmático. No que especificamente se refere ao domínio do Direito Administrativo, as normas legais em branco, sendo passíveis de se traçar uma distinção entre aquelas que são completamente em branco e as que são parcialmente em branco, contribuem para um modelo de legalidade administrativa maleável e aberto, previsibilidade e igualdade da actuação decisória da Administração Pública. A erosão da legalidade formal e tradicional disciplinadora da actuação administrativa por efeito de tais, normas legais em branco, fazendo dos órgãos agentes definidores do sentido efectivo da lei, envolve inevitáveis efeitos debilitadores das garantias dos particulares, correspondendo a esse aumento do papel da Administração Pública na concretização do Direito, definidor da sua própria actividade um proporcional acréscimo do protagonismo dos tribunais na fixação definitiva do sentido da legalidade administrativa. Mostra-se difícil, porém, senão mesmo impossível, imaginar um modelo de legalidade administrativa diferente, revelando-se a postura activa dos órgãos de densificação interpretativa e integrativa das normas legais em branco e, neste contexto, a erosão da tradicional legalidade completa e fechada, uma verdadeira inevitabilidade das modernas sociedades pluralistas, isto por cinco principais ordens de razões; (i) A necessidade de conciliar princípios conflitantes que são vertidos na legislação ordinária, convertendo esta numa normatividade principalista dotada de um conteúdo ambíguo, remete para o aplicador administrativo da lei a harmonia concreta de tais princípios, sem prejuízo da insatisfação de uma qualquer respectiva administrativa se encontrar amparada com a respectiva impugnação judicial; (ii) A própria necessidade de conciliar interesses opostos que em concreto se vão desenvolvendo em torno de decisões ou de simples projectos de decisões administrativas, alicerçados todos eles na pluralidade de disposições legais reconhecendo ou conferindo uma indêntica protecção a direitos subjectivos e a interesses legítimos, faz nascer ao lado dos designados interessados uma crescente “legião” de “terceiros” ou contra-interessados, remetendo a ordem jurídica para o decisor administrativo a ponderação de tais interesses conflitantes; (iii) A complexidade e tecnicidade crescente das matérias sujeitas a intervenção pública, mostrando a inoperatividade decisória do legislador em domínios técnicos e científicos, envolve a devolução para os órgãos administrativos de habilitações definidoras de critérios normativos de avaliação ou ponderação e, subsequentemente, a emissão de juízos decisórios concretos baseados na aplicação de tais critérios; (iv) A imprevisibilidade da evolução histórica e política das próprias necessidades colectivas da sociedade e dos meios técnico-científicos para a respectiva satisfação desaconselham uma cristalização da solução em normas fechadas e rígidas, antes justificam a abertura e a maleabilidade da textura normativa ao futuro, remetendo para a Administração uma ponderação decisória casuística e adaptável em função das circunstâncias factuais e dos momentos temporais; (v) A garantia de autonomia decisória de uma Administração Pública pluralista e descentralizada, pautada por um princípio de subsidiariedade, recomenda a existência na lei de espaços normativos susceptíveis de integração e completude pelos entes infra-estaduais, razão pela qual um modelo de lei dotado de uma disciplina exaustiva e imperativa de soluções se mostraria incompatível com a salvaguarda de tais valores constitucionais em matéria de organização administrativa. A indeterminação e a abertura densificadora das normas legais em branco comporta uma verdadeira remissão habilitante do poder legislativo para o poder administrativo completar, desenvolver ou concretizar a legalidade: se é da lei que resultam tais normas de previsão “incompleta” é também nessa mesma lei que a Administração Pública encontra a norma permissiva do exercício da respectiva tarefa de determinação e densificação.

não, deixa a seu cargo e tal concretização é feita de acordo com regras administrativas próprias ou em referência à valores extra-legais, mais jurídicos. Neste sentido podemos falar de uma liberdade administrativa que na nossa opinião tem como limites claros e intransponíveis, a separação de poderes, e os direitos fundamentais dos cidadãos, tal actuação configura o que se denomina de activismo administrativo.

Estamos no domínio da concretização do direito, justificado pela progressiva desnormativização da lei, que hodiernamente se encontra marcadamente virada para o estabelecimento de bases gerais e mais abstractas possíveis, ao invés de comandos precisos, o que obriga a administração e tal como já o afirmamos, a ponderar em torno da melhor concretização dos conceitos legalmente impostos.¹³⁷

Há sempre nas “ normas legais em branco”, com efeito, uma implícita delegação do legislador na Administração Pública de um papel que, podendo ser mais ou menos inovador, mais ou menos técnico, complementa e confere aplicabilidade efectiva às normas legais, razão pela qual em domínios de reserva de lei se podem suscitar dúvidas sobre a admissibilidade constitucional da amplitude inovadora de tais remissões normativas para a intervenção administrativa concretizadora de espaços materiais a cargo do legislador. As normas legais em branco, envolvendo o mencionado efeito remissivo ou delegante de espaços inovadores de complementariedade decisória do poder legislativo para o poder administrativo, são passíveis de suscitar implicações ao nível do princípio democrático e até das próprias exigências formais de publicidade, além de levantarem o problema da eventual renúncia do legislador ao exercício da respectiva competência densificadora das normas que emite, produzindo-se uma espécie de incompetência negativa gerada na sequência da remissão concretizadora de tais normas para a Administração Pública, salvo se existirem valores, normas ou princípios constitucionais justificativos dessa mesma abertura da lei à complementação administrativa. Verifica-se no entanto, que o exercício desta competência administrativa emergente das normas legais em branco se mostra susceptível de envolver diferentes níveis de intervenção aplicativa da lei por parte da Administração Pública, permitindo também encontrar diversos graus de amplitude decisória, salientando-se as quatro principais manifestações; (i) As normas legais em branco podem envolver a atribuição aos órgãos administrativos de puros espaços de autonomia decisória, isto é, o reconhecimento por lei de uma margem de “livre” decisão à Administração Pública que, sendo insusceptível de controlo judicial, lhe confere faculdade de escolher entre várias condutas legalmente admissíveis para a melhor realização de um determinado fim de interesse público, correspondendo à tradicionalmente designada discricionariedade administrativa; (ii) As normas legais em branco mostram-se passíveis de conferir aos órgãos administrativos uma competência aplicativa de conceitos indeterminados que, envolvendo uma prévia operação intelectual de concretização, determinam a formulação de um de três juízos: jurídico-discricionário, jurídico-interpretativo ou técnico científico; (iii) As normas legais em branco podem ainda consubstanciar-se na utilização de previsões normativas contendo cláusulas gerais ou enumerações exemplificativas, devolvendo para o decisor administrativo o respectivo desenvolvimento aplicativo a novas situações que, exigindo a construção de raciocínios de aproximação ou analogia, permitem a formação de uma prática administrativa que, sendo algo semelhante ao papel que o sistema judicial britânico reserva aos tribunais, faz emergir da própria Administração Pública uma normatividade baseada na justificação da conduta factual dos seus órgãos; (iv) As normas legais em branco são susceptíveis, por último, de traduzir os casos de remissão da lei para normas extrajurídicas, determinando que o referencial da actuação administrativa se encontre em critérios baseados na aplicação de normas técnico-científicas ou ainda em normas morais, éticas e deontológicas, sem prejuízo de se assistir a um correlativo fenómeno de juridificação administrativa”. Paulo Otero, *Legalidade...* ob cit... p 897ss.

¹³⁷ Luís Cabral Moncada, *Autoridade...* ob cit.. p 561.

A liberdade administrativa pode ser atribuída directamente pela lei ou por norma regulamentar, no primeiro caso, o grau de liberdade será maior porquanto a lei o faz de modo primário e a liberdade daí resultante poderá ser mais inovadora possível, ao passo que em relação às normas regulamentares, que tratam de um assunto que em regra, fora tratado por outra norma, as margens serão menores e condicionadas por dois níveis, o da lei e o do regulamento. Neste sentido, não existe perigo algum em trabalharmos com este conceito na medida em que, a atribuição da liberdade administrativa é diametralmente acompanhada do reforço das garantias dos cidadãos, e a sua utilização deve ser feita sob um forte “aparato” procedimental como forma de legitimar a decisão final daí decorrente.¹³⁸

Exemplo da ideia de um conceito indeterminado, a boa administração¹³⁹, como concretizar? Se a lei em tese nada diz acerca do seu conteúdo? Ora é nestes termos que se deve entender a ideia de liberdade na concretização, pois em relação ao seu conteúdo, o que se faz é estabelecer o padrão, a regra, a cláusula geral.

Os conceitos indeterminados em direito administrativo¹⁴⁰, só existem porque a norma na sua previsão, concede tal abertura, conferindo à administração a prerrogativa,

¹³⁸ Luís Cabral Moncada, Autoridade ...ob cit...p 579.

¹³⁹ “A elaboração do conceito tem assentado na clássica contraposição entre legalidade e mérito e, nessa perspectiva, na configuração da boa administração como um dever que se concretiza na observância de parâmetros de natureza extrajurídica – as chamadas regras ou princípios de boa administração. O conteúdo do conceito, é, assim, associado à ideia de que a Administração Pública tem o dever de prosseguir sempre da melhor maneira o interesse público, a satisfação das necessidades colectivas postas a seu cargo, adoptando, para o efeito as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro). A ideia de boa administração tem sido, por isso, associada à ideia de eficácia e eficiência da Administração Pública. Neste sentido, define-se o dever de boa administração como o dever de a Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível – e até se fala, indiferentemente, num princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência. O conceito de boa administração surge, pois, neste contexto, associado à formação de um princípio ou de um dever, a cargo da Administração pública, que se caracteriza por possuir um conteúdo vago da Administração Pública, que se caracteriza por possuir um conteúdo vago e flexível, de contornos imprecisos, a partir da ideia de que a actividade administrativa deve traduzir-se em actos cujo conteúdo seja também inspirado pela necessidade de satisfazer da forma mais expedita e racional possível o interesse público constitucional e legalmente fixado; e por ser uma situação activa a que não corresponde nenhuma situação passiva, um dever em sentido estrito, de carácter objectivo, na medida em que ao dever de boa administração que é posto a cargo das entidades públicas não correspondem situações jurídicas subjectivas na esfera jurídica de eventuais interessados – numa palavra: por ser um dever objectivo, a que não corresponde qualquer direito subjectivo”. Mário Aroso, Teoria... ob cit.. p 48-49.

¹⁴⁰ “No Brasil, o controle da administração pública, durante praticamente todo o século XX, adoptou os seguintes paradigmas: 1) não havia uma indagação da doutrina e jurisprudência sobre a natureza do controle da aplicação dos conceitos indeterminados; 2) a definição sobre os limites entre legalidade e mérito era feita a partir da delimitação dos elementos do acto administrativo, e a identificação dos

a faculdade de avaliar a situação com a finalidade de descobrir o juízo axiológico ínsito na norma em causa, muitas vezes a referida busca é orientada por parâmetros não jurídicos¹⁴¹.

Dentro desta temática, destacam-se por exemplo, as cláusulas gerais, as expressões; razão importante, bem público, interesse público urgente, etc. Não se deve confundir os conceitos indeterminados com polissemia.¹⁴²

É possível encontrarmos uma definição para os conceitos jurídicos indeterminados, ainda que na perspectiva estrita; *“são termos e expressões que não compreendem classes de circunstâncias determinadas com precisão local ou temporal, mas aqueles conceitos-tipo nos quais cabem, com suas características, situações de vida diferentes, mas semelhantes. O seu conteúdo limita-se a determinar um domínio material, um domínio de interesses ou um domínio de valores, mas não os objectos destes domínios”*¹⁴³.

Caberá aos órgãos da Administração com o apoio do direito, concretizar os conceitos indeterminados, sempre sob o olhar dos tribunais, dependendo da circunstância, pois nem toda actuação da administração neste domínio é passível de controlo pelos tribunais, pelo menos quando se tem a lei como único padrão de referência. O princípio jurídico-constitucional da suficiente determinação não impede o legislador de empregar conceitos legais indeterminados¹⁴⁴, daí que se deve aceitar com

elementos que permitiriam a concessão de liberdade para o administrador; 3) o mérito designava os aspectos discricionários do acto administrativo, de maneira que havia uma íntima relação entre discricionariedade e mérito; 4) O mérito era imune ao controle jurisdicional, salvo na via do desvio de poder; 5) Embora fosse consolidada a relação entre discricionariedade e mérito, não se pode afirmar que a doutrina brasileira tenha, invariavelmente, inserido a actividade de aplicação de conceitos indeterminados no mérito do acto, e isto porque a distinção entre legalidade e mérito não tinha como paradigma predominante a capacidade ou não da interpretação fornecer uma resposta unívoca: na verdade, o limite entre legalidade e mérito, inicialmente, tinha como alicerce a definição dos elementos do acto administrativo, de modo que a competência, forma e finalidade, sempre seriam vinculados.” Gerson dos Santos. “Mérito administrativo e controle judicial da aplicação de conceitos indeterminados no direito brasileiro”. Artigo inédito, 2004., p.10-11.

¹⁴¹ Sérulo Correia Conceitos Jurídicos Indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 70, Julho/Agosto, 2008 p 39.

¹⁴² Hans J. Wolf, Otto Bachof, Rolf, Stober, Dirieito Administrativo, Fundação Calouste Glubenkian 2006 p 450.

¹⁴³ Hans J. Wolf, Otto Bachof, Rolf, Stober, Dirieito Administrativo, Fundação Calouste Glubenkian 2006 p 451.

¹⁴⁴ Hans J. Wolf, Otto Bachof, Rolf, Stober, Dirieito Administrativo, Fundação Calouste Glubenkian 2006 p 452.

normalidade a sua existência no ordenamento jurídico, pois são sobejamente conhecidas as razões que justificam a sua utilização ao nível do Direito Administrativo, donde pontifica dentre outras, a ideia de propositadamente conferir à administração um espaço de “manobra” no que ao exercício do poder administrativo se diz respeito.

Entende-se por isso que é no caso concreto¹⁴⁵ que a interpretação dos conceitos indeterminados deve ser feita pela administração que a este nível, deverá determinar a solução correcta¹⁴⁶, face às demais alternativas que se podem colocar na busca do entendimento em relação à expressão objecto de concretização. De notar que a busca da solução não deve assentar apenas em critérios subjectivos, é necessário que ao se interpretar conceitos indeterminados, se criem padrões objectivos que possam ser utilizados em situações semelhantes. Nesta empreitada não se deve deixar de parte o trabalho que se segue à interpretação como tal, a subsunção, por via da qual algumas alternativas poderão ser afastadas, por falta de correspondência.¹⁴⁷

Outro domínio importante para a tese que vimos construindo e defendendo é o da dimensão neutral da administração pública, em que à administração é reservado o papel de árbitro ou simples garante das regras de jogo, tendência que tem sido associada a ideia da descaracterização da função administrativa¹⁴⁸. Nestas vestes a administração actua com vista a encontrar a melhor solução, aponta caminhos, sem que para tal haja um comando normativo que a obrigue a agir desta ou daquela forma, podendo mesmo neste contexto, sugerir soluções que podem estar fora de qualquer âmbito normativo-legal¹⁴⁹.

¹⁴⁵ “A interpretação terá de ser feita no contexto legal e que se enquadra o conceito e o próprio diploma legal. Por exemplo, o termo “idoneidade” tem um significado bem diferente no contexto de uma lei de combate à corrupção, de uma lei de acesso à carreira das forças armadas ou no contexto de uma lei de ensino”. António Francisco de Sousa, ob cit... p 265.

¹⁴⁶ “A Administração continua a ser convocada para aplicar a lei de acordo com o dever de decidir da melhor maneira no caso concreto embora suceda que, sendo certas noções muito imprecisas, a margem de livre apreciação administrativa acaba por se assemelhar à de que dispõe no caso do poder discricionário propriamente dito. Assim sucede mesmo que tais noções tenham conteúdo técnico. Noutros casos, a Administração pode precisar os referidos conceitos legais aplicando a lei com segurança, recorrendo a peritos ou ao simples senso-comum”. Luís Cabral de Moncada, Introdução. Os princípios gerais de direito Administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance, *in* Estudos em homenagem ao professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Almedina 2010, p699-670.

¹⁴⁷ Neste sentido, António Francisco de Sousa ob cit.. p 266.

¹⁴⁸ Francisco Paes Marques, As relações jurídicas administrativas...ob cit... p 261.

¹⁴⁹ “Así las cosas, habría que estudiar cómo se puede configurar el período de información pública para que los actos administrativos obtengan posteriormente una amplia aceptación. La práctica y la doctrina

americana nos ofrecen toda una serie de propuestas. Desde hace unos veinte años, se ha introducido en los Estados Unidos la figura del mediador de conflictos en los supuestos de una utilización del suelo considerada inoportuna por la región afectada, garantizando así un importante grado de aceptación. En los Estados Unidos no hay inconveniente en que sean incluso sujetos privados los que desempeñen esta función, siempre y cuando las partes del proceso lo acepten. En el Derecho procesal alemán, sin embargo, la mediación de personas ajenas a la Administración se reduce a supuestos muy excepcionales. Sin poder profundizar en este lugar en los detalles de la cuestión, se entraría de otra manera en contradicción en el principio de que todos los actos administrativos han de atenerse a la regulación procesal correspondiente. Si, en términos generales, la función de mediación no se puede privatizar, se podrá optar, como propone BULLINGER, por un manager del proyecto como mediador, a fin de activar el procedimiento administrativo o por aquella autoridad que dirige el período de información pública. Habrá que distinguir, sin embargo, estrictamente, entre la autoridad que dirige el procedimiento y la autoridad que resuelve. Si la autoridad administrativa que dirige el período de información pública no dispone, a su vez, de competencia resolutoria, las partes podrán aceptarla como un mediador neutral, que no pretenderá imponer su parcialidad administrativa. El dirigente-moderador del procedimiento del período de información pública deberá dedicarse intensamente a una mediación en los supuestos conflictivos. Deberá llegar, por tanto, a un acuerdo con las partes, que permita preparar una resolución administrativa que tenga un amplio consenso. Hay que contrarrestar, en primer lugar, la actual crítica que mantiene que el período de información pública es una simple farsa, dado que se celebra en un momento en el que ya se han tomado las decisiones pertinentes. En función de ello, tanto los planes alternativos existentes, las diferentes variantes para la autorización, así como los dictámenes emitidos deberían ser objeto del período de información pública. Razón por la cual, es imprescindible que los planes y dictámenes, informes, etc., ya hayan sido objeto del procedimiento de interpretación. El período de información pública deberá desarrollarse en un ámbito en el que prime la objetividad. El dirigente-moderador de las negociaciones deberá dirigir una negociación oficial entre las partes, al igual que el juez plantea la negociación jurídica. El principio de justicia procesal exige que entre las partes exista igualdad de medios. Así, el derecho de participación y turno de palabra deberá ser igualitario. Se deberá procurar que se dé una misma fuerza de negociación entre las partes, evitando, por ejemplo, las diferencias informativas entre ellas. Al igual que en el procedimiento contencioso-administrativo americano, las partes del procedimiento podrán discutir sobre el objeto de las resoluciones administrativas y, en este sentido, presentar también material probatorio. A aquellos que hayan aducido sus críticas y objeciones, se les ofrece la posibilidad de presentar peritos y dictámenes propios. Las partes deberán tener la posibilidad de presentar expertos y peritos al interrogatorio contradictorio. Esta podría ser una forma de resolver de manera clara y definitiva los diversos puntos de vista. El consenso existente sobre las valoraciones científicas o técnicas aplicadas, por ejemplo, en planeamiento o instalaciones, será de gran utilidad a la hora de dictar el acto administrativo y, de no existir éste habrá que presentar dictámenes alternativos. Una posible vía para obtener el consenso pretendido sobre las valoraciones científicas o técnicas conflictivas sería la puesta a disposición de todos los expertos de los dictámenes presentados, de manera que éstos pudieran compararlos y presentar, en su caso, nuevas propuestas. En la práctica alemana se ha hecho uso de algunos supuestos de este brainstorming organizado de los expertos. Y este tipo de debate objeto ha fomentado notablemente la aceptación de los actos administrativos más controvertidos. También es significativo quién es el llamado a ser parte en el período de información pública. Para llegar a una conciliación entre las partes deberán participar todos aquellos que puedan ofrecer contrapartidas, es decir, tanto el solicitante, los posibles demandantes y, junto con los oponentes, todos aquellos que puedan movilizar a la opinión pública. Hay que resaltar que todos los departamentos de la Administración que de alguna manera se pudiesen ver afectados por el acto administrativo en cuestión, deberán estar presentes; como, por ejemplo, entre otros, los departamentos de protección del medio ambiente, los departamentos de hidroeconomía, etc. La participación de estos distintos departamentos de la Administración tiene como finalidad la inclusión de todos aquellos intereses públicos que los ciudadanos no formulan en el procedimiento de la conciliación. El dirigente-moderador de las negociaciones deberá convencer a todas las partes involucradas —es decir, también a los representantes de los departamentos administrativos— de la necesidad de llegar a un acuerdo. De esta manera, para cada una de las partes resultará alguna ventaja del compromiso que se vaya a tomar. Estas ventajas se podrán reflejar en simplificaciones del procedimiento administrativo, en una minimización del menoscabo medioambiental, en una compensación por perjuicios resultantes de inmisiones o en la posibilidad de una participación futura en el control estatal. También deberá quedar claro que un procedimiento contencioso-

Nos Estados Unidos da América e na Alemanha, estudam-se as vantagens da mediação institucional e alguma doutrina partidária da utilização de tal mecanismo entende que a mediação institucional pode conduzir a dispensa dos procedimentos de tomada de decisão, e pode evitar eventuais impugnações, mesmo que não se alcança um acordo com todas as partes envolvidas, ainda assim teremos o efeitos acelerador/ celeridade do procedimento, pois algumas das partes que vêm os seus interesses protegidos poderão prescindir da intervenção no procedimento de modo a que com menos interessados se consiga chegar a uma solução mais rápido possível, através do procedimento administrativo, que deverá se descomplexizar. Assim, as finalidades que se prosseguem a quando da reforma das regras procedimentais, em ordem a sua melhor disciplina, perspectivando-se uma maior celeridade e eficiência, não são incompatíveis com a mediação, antes pelo contrário, são duas realidades complementares¹⁵⁰.

A crescente utilização de princípios pela administração, como resultado da busca de soluções melhor elaboradas na perspectiva da proporcionalidade, atendendo a procura de equilíbrios cristalizados em aspectos subjectivos, obriga a administração pública a ponderar¹⁵¹.

administrativo posterior se prolongaría en el tiempo, siendo, en último término, dudoso su resultado. Un acuerdo entre las partes tendrá, por tanto, siempre una mayor ventaja que una resolución unilateral de la Administración que únicamente pueda conceder todo o nada. El dirigente-moderador de las negociaciones deberá concretar los puntos contradictorios y valorar las posibles tendencias mediadoras a tener en cuenta en la aceptación. La postura favorecida por él deberá ser justa, neutral, equilibrada y conveniente. En esta propuesta de compromiso, las partes deberán poder identificarse con sus peticiones". Thomas Würtenberger, Aceptación a través del procedimiento administrativo, Documentación Administrativa / n.º 235-236 (julio-diciembre 1993) p 326-329.

¹⁵⁰ Winfreid Brohm, Sobre la aceleración de los procedimientos administrativos, Documentación Administrativa nº 235-236 (julio diciembre 1993) p 402.

¹⁵¹ "Um dos exemplos clássicos da ponderação da administração é a actividade planificadora urbanística. Nesta existe uma ponderação de interesses (e aqui estamos a referir-mo-nos à ponderação lato sensu) que é realizada, em primeiro lugar, pela administração. A administração ao elaborar os planos, decide quais as áreas em que se pode construir, o que é que se pode construir, quanto se pode construir, etc.. A generalidade dos processos judiciais em Portugal aprecia a validade de actos administrativos por referência aos planos. Contudo, a questão que se pode levantar, é se as concretas opções dos planos podem ser também elas objeto de análise judicial. E, sendo este admissível, se devemos ficar pelo controle negativo ou devemos antes avançar para um controle positivo. A experiência alemã nesta matéria serve-nos contudo de aviso. Os Tribunais alemães começaram a exigir de tal forma um respeito pela ponderação, que chegaram a resultados que podemos classificar de exagerados ou absurdos. Por exemplo, o Tribunal Administrativo de Stuttgart declarou nulo um plano de 1934, que já servira de base a inúmeras construções e decisões judiciais, após analisar em que modos essa ponderação tivera lugar. Por isso, acabaria mesmo por nascer o princípio da conservação do plano ("Grundsatz der Planerhaltung") A questão é pois de saber-se até onde podem ir os poderes de cognição do Tribunal: devem bastar-se com um controle negativo das opções urbanísticas, ou devem poder avançar para um controle positivo? Isto

A juridicidade é o melhor mecanismo para controlar estas liberdades¹⁵² pois se não há referência directa na lei, poderá haver em outros elementos axiológicos que

é, devem limitar-se a verificar se as soluções do caso concreto não ofendem princípios como o da arbitrariedade, se devem ficar pela constatação de que as decisões discricionárias da administração não ofendem de forma ostensiva os critérios legais, ou, devem verificar se as soluções discricionárias da administração se justificam no caso concreto, nomeadamente, se existe respeito pelo princípio da proporcionalidade? Em nome do princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva, inclino-me para a segunda posição. Assim sendo, através da ponderação, abre-se um novo domínio de fiscalização judicial da actividade administrativa”. Paulo Filipe Ferreira Carvalho, A ponderação de bens em Direito Administrativo, p 47.

¹⁵² “A juridicidade vem de encontro com a ideia de que a lei e legislador sofrem de descrédito no Estado Democrático de Direito. São cinco razões que informam essa descrença. A primeira é de ordem fática, ou seja, a proliferação ou inflação legislativa. Isso ocorre devido ao mito do positivismo, em que a lei poderia abarcar todos os assuntos possíveis, como também a demanda social, a qual aumentou as funções estatais. O positivismo tem como basilares, os ideais de segurança e certeza jurídica, tentando estabilizar as relações sociais mediante leis. Adota-se a perspectiva do princípio da legalidade sob a forma da juridicidade, evita-se a proliferação da burocracia, como também o enrijecimento das relações sociais via regulação normativa. A segunda é a própria ideia de lei, a concepção do positivismo normativo, em que a lei é válida, desde que em conforme com uma lei hierarquicamente superior, adoptando um escalonamento de leis até a lei fundamental com seu conteúdo abstracto. Ocorre essa descrença na lei, como já comentado, após as grandes guerras em que se discutiu a necessidade de voltar as raízes jusnaturalistas para evitar maiores atrocidades humanitárias. O positivismo normativo serviu de base para regimes totalitários em que as leis seriam válidas, mas sem qualquer conteúdo justo. A partir do pós-positivismo, muda-se essa perspectiva, trazendo a necessidade de valorar o texto constitucional. Logo, a administração pública deve basear-se no texto constitucional para realizar os seus fins, tendo a percepção de que a lei infraconstitucional deve ser de acordo com a Constituição. A terceira razão é que a lei deixa de ser a maior manifestação da vontade geral, isso na verdade é em decorrência da segunda razão. A Constituição “ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, que apenas poderá compreendido a partir da própria normativa constitucional, passando-se a falar numa constitucionalização do direito”. Essa razão vem valorizar a administração pública, como também humanizar o ordenamento jurídico, pois se busca assim evitar uma burocratização, uma teia de normas em que dificultasse a relação entre administrado e administrador. Permite essa constitucionalização uma igualdade na relação entre Estado e cidadão. A quarta razão decorre do fato que a própria administração pública, para atender as demandas sociais e económicas, passa pela descentralização, a qual acaba criando novos entes administrativos. Esses entes para efectivar um direito a eficiência da administração “passam a legislar por actos normativos infraconstitucionais, capazes de, por si próprios, servirem de fundamentos à actuação administrativa”. A lei em sentido formal perde o seu sentido, criando-se o mecanismo da deslegalização “é um dos mais claros sinais da erosão da lei formal como condição da actuação administrativa. “A última e quinta razão está relacionado com o princípio da separação de poderes em que o Executivo controla o legislativo, restringindo assim a forma de criação, “*Tal controle, já com os olhos no caso brasileiro, dá-se fundamentalmente de três modos: (i) através da reservas de iniciativa legislativas de matérias relevantes, com a vedação inclusive, de emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa (v. Art. 61, § 1, e art. 63 CF); (ii) a possibilidade de trancamento da pauta de deliberações do Congresso Nacional por acto da Chefia do Executivo (art. 64, §§1º e 2º, CF), o que pode ocorrer, ainda automaticamente, no caso de medida provisória não apreciada pelo Poder Legislativo em até quarenta e cinco dias de sua publicação (art. 62, § 6º, CF inserido pela EC nº 32/2001); e (iii) através da formação de sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar qualquer projecto de interesse governamental.*” Isso faz com que o Legislativo perca a sua importância como órgão normativo, crescendo a inserção do Poder Executivo. Isso também não deixa de ser reflexo do momento em que antecede o pós-positivismo, pois nos períodos das grandes guerras foi sedimentado em vários países, como Espanha, Alemanha, Italia e Brasil o totalitarismo, sendo o poder dominante o Executivo. Portanto, o princípio da juridicidade vem coroar todo o sistema constitucional contemporâneo instituído no direito brasileiro. Percebe-se nesse princípio as características demonstradas ao longo do artigo. A

permitirão por exemplo, aferir a invalidade da actuação, o mesmo efeito que teríamos se a invalidade em questão fosse declarada por referência directa à legalidade, com a diferença que na segunda situação apenas temos a lei e se não a tivermos corremos o risco de não ver aquele efeito declarado por falta de referências a partir das quais o efeito pode ser obtido.

3.1. Os caminhos rumo à juridicidade. Subsídios para sua compreensão no confronto com a legalidade.

Como resulta do acima exposto, não faltam razões para que se comece hoje um caminho rumo à descoberta da nova forma do princípio da legalidade, pelo que neste tópico iremos reflectir em torno da ideia da juridicidade por forma a evidenciar a sua importância e descobrir se efectivamente representa uma alternativa viável ao princípio da legalidade.

A primeira grande referência quando se começa a falar da juridicidade, resulta do conteúdo do princípio do Estado democrático e de direito, que orienta e determina como padrão para a prática de qualquer acto público, o Direito. Fundamentalmente porque o Direito se apresenta como uma “arma” ao alcance de todo o cidadão e que busca o equilíbrio nas relações tendo em referência o princípio da justiça. As vinculações resultantes do Direito porque justas, e detentoras da “razão” servem e aplicam-se às

ideia de constitucionalização do direito, a ideia de métodos em que posso adequadamente resolver as colisões entre os princípios constitucionais. Ademais, a próprio enfraquecimento da lei e do Poder Legislativo, e autonomia do executivo em criar normas que apliquem directo a constituição. Acontece quando o princípio da juridicidade seja a norma a ser perseguida pela administração pública. O princípio da juridicidade permite o controle seja da própria administração pública, seja do Poder Judiciário. O controle exercido pela administração pública é um controle de autotutela e que permite um resguardo maior da relação entre o Estado e o indivíduo. Ademais, esse controle tem como norma o texto constitucional, sendo possível a não aplicação das normas inconstitucionais pela administração pública. Já o controle exercido pelo Poder Judiciário pode ser fundamentado no princípio da juridicidade, em que permite uma maior abrangência de análise dos actos da administração pública”. Clarissa Filipe Cid, Princípio da legalidade administrativa: da legalidade a juridicidade. http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14132

peças e instituições nos mesmos termos, de tal sorte que Estado e cidadão, encontram-se igualmente vinculados às mesmas regras.

Claramente que no conteúdo do Direito como se apresentou acima, aparece em primeira linha a constituição¹⁵³ que vincula directamente à Administração Pública, resultando daí uma série de obrigações; vinculação a princípios jurídicos gerais e especiais, obediência ao procedimento administrativo que seja célere e eficaz, a ideia da protecção da expectativa, obediência ao direito costumeiro, algumas vezes ao direito natural, respeito pelos direitos fundamentais, etc. Portanto, o Direito é o critério o limite e o fundamento da actuação do Estado e de todas as instituições públicas.

Neste sentido, aposta-se nas normas jurídicas para garantir a construção e funcionamento do estado, por força disso estão afastadas quaisquer referências que não encontrem no direito um mínimo de correspondência e fundamento. Ou noutros termos, *“a expressão Estado Democrático de Direito, visa restaurar a forma do direito vinculando-o à necessidade de uma efectiva legitimação democrática das normas jurídicas”*¹⁵⁴

O Professor José Joaquim Gomes Canotilho aponta três grandes pressupostos do princípio do Estado de Direito, (1) juridicidade; (2) constitucionalidade; (3) direitos fundamentais.¹⁵⁵

A juridicidade espelha a ideia da organização a que o estado está sujeito, a ordenação o funcionamento que deve estar em conformidade com o Direito, “o direito como a medida de todas as coisas”. A constitucionalidade revela a força normativa da carta magna e sua influência no quotidiano, em todas as vertentes das relações sociais, e por fim, a perspectiva dos direitos fundamentais visa sobretudo impor alguns limites à actuação do estado e de todos os poderes constituídos.

¹⁵³ Em relação ao ordenamento jurídico Angolano, a interpretação deste princípio é feita por Raul Araújo e Elisa Rangel Nunes em, Constituição da República de Angola anotada tomo I, Luanda 2014 p 183-184. Ou ainda, Carlos Feijó, Coexistência normativa entre o Estado e as autoridades tradicionais na ordem jurídica plural Angolana, Almedina 2012, p 385-388.

¹⁵⁴ Manoel Jorge e Silva Neto, Curso de Direito Constitucional 8ª, editora Saraiva 2014 p308.

¹⁵⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina 2003 p 243.

A inclusão dos direitos fundamentais como pressuposto do Estado democrático e de direito, justifica-se para evidenciar o lado garantístico do princípio, que vai para além da protecção individual, e cujo âmbito alastra-se para todas as acções e omissões do estado que os possam violar, entretanto, estas poderão quando verificados os requisitos para tal, dar origem à uma declaração de inconstitucionalidade.¹⁵⁶

O princípio do Estado de direito, irradia todo o ordenamento jurídico, sendo que os restantes princípios encontram nele alguma fundamentação, como se fossem subprincípios seus, de tal sorte que a violação do princípio da separação de poderes pode ser fundamentada por referência ao princípio ora analisado, a falta de fundamentação de uma decisão igualmente, pode ser aferida em função do princípio do Estado de direito.

Como temos vindo a referir, o conceito de juridicidade permite enquanto vantagem decorrente da sua utilização, a inclusão do costume como referencial a ter em conta a quando da sua aferição. A Nossa ordem jurídica¹⁵⁷ traz uma nova configuração para o costume, porquanto no seu artigo 7º¹⁵⁸ equipara-o à lei, ao afirmar que o costume¹⁵⁹ não será válido se contrariar a Constituição e a dignidade da pessoa humana. Nestes termos, poderá haver uma concorrência entre costume e lei no que a sua aplicação diz respeito, porque representam valores a ter em conta aquando da regulação de comportamentos sociais.

De forma declaratória e não constitutiva (anterior ao próprio Estado), a Constituição procede à tutela do costume, passando por força disso a ser protegido e garantido pelo Estado, tal como acontece com outros padrões normativos, enquanto

¹⁵⁶ Jorge Reis Novais, Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra editora 2004 p 49-50.

¹⁵⁷ “Apesar de a Constituição angolana não inaugurar o pluralismo, *rectius*, a ordem jurídica plural angolana, ela definitivamente procede ao reconhecimento das autoridades tradicionais e do costume. Assim, depois de, em sede de Preâmbulo, invocar a memória dos antepassados e de apelar à sabedoria das lições da história comum e das raízes seculares e das culturas que enriquecem a unidade do povo e do Estado de Angola, a Constituição procede ao reconhecimento expresso da fonte do Direito das comunidades tradicionais – o costume – e do estatuto, papel e funções das próprias instituições de exercício legítimo de poder nessas populações – as autoridades tradicionais”. Carlos Feijó Coexistência... ob cit... p 391.

¹⁵⁸ *É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente a dignidade da pessoa humana.*

¹⁵⁹ Sobre a vantagem do costume enquanto fonte primária de Direito, na concorrência com a Lei, dentre todos veja, Diogo Freitas do Amaral Introdução ao Estudo do Direito vol I, Almedina 2012, p 373ss.

garantes e materializadores do Direito. Como resultado, a actuação da administração encontra-se condicionada ao costume que preencha os requisitos constitucionalmente estabelecidos, podendo resultar daí declarações de invalidade de tais actos. Por exemplo ao nível do regime da lei de terras¹⁶⁰, são reconhecidos os direitos fundiários de que sejam titulares as comunidades rurais, incluindo aqueles que se fundam nos usos ou no costume. Qualquer acto da administração sob terrenos enquadrados neste preceito, deve respeitar o costume, sob pena de ser declarado inválido. Por exemplo, a delimitação dos terrenos rurais comunitários, a desafecção de terrenos rurais comunitários e a sua concessão, bem como a delimitação das áreas das comunidades rurais e a definição do aproveitamento dos terrenos comunitários deve ser precedida de audição prévia das instituições do poder tradicional¹⁶¹.

Portanto, a audiência prévia apresenta-se como uma das fases do procedimento administrativo conducente à concessão de direitos sobre um terreno. Embora nada se diga acerca desta audiência, cremos que ela deverá ser obrigatória por dois motivos;

- a) A Constituição da República de Angola¹⁶², impõe a audição dos particulares antes da tomada de qualquer decisão pela Administração Pública, pelo que conceder outro tratamento a esta matéria que não seja o que consta do artigo em referência, conduziria a uma decisão inconstitucional;
- b) É imperioso que se ouça a comunidade que reside no espaço, antes que os órgãos do Estado efectuem a transferência da titularidade de direitos, pois não se sabe se elas usam o espaço para rituais próprios. Devemos ressaltar porque relacionado a este segundo aspecto, que esta exigência não precisava de consagração legal, agora mais do que antes, - por causa do lugar do costume na Constituição da República de Angola -porquanto resulta de uma prática costumeira ouvirmos os ocupantes de um espaço antes de se praticar qualquer acto, sobre o mesmo, por razões que se prendem com o exercício do contraditório, na sua dimensão de direito natural. Deste modo não pode de forma alguma ser preterida a posição dos particulares assente em práticas

¹⁶⁰ Artigo 9º da Lei 9/04 de 9 de Novembro.

¹⁶¹ Nº2 do artigo 23, nº 4 do artigo 37, números 1 e 2 do artigo 51º todos da Lei de terras. Carlos Feijó Coexistência...ob cit... p 159.

¹⁶² Nº 1 do artigo 200º-.

costumeiras, por força de disposições legais e porque entre as comunidades tradicionais vigoram princípios bem claros que apontam para a obrigação de ouvir sempre as pessoas da comunidade antes de se tomar uma decisão, que as irá afectar. É só pensarmos no Ondjango, como local em que se discutem questões referentes à problemas que envolvem os residentes de uma determinada aldeia, nenhuma decisão será tomada sem que as partes sejam ouvidas pelo soba.

O costume administrativo, diferentemente dos outros costumes (simples práticas comportamentais, oralidade) em regra efectiva-se por via de uma regra escrita, cuja origem e aplicação prática dependerá dos elementos ligados ao aparelho administrativo, que o irão aplicar diariamente, assim a sua validade estará condicionada à convicção de obrigatoriedade que estes manifestam e exteriorizam diariamente para os utentes dos serviços públicos¹⁶³.

O entendimento do Direito enquanto pressuposto-fundamento¹⁶⁴ da actividade administrativa está na base da origem do princípio da juridicidade, que é responsável pelo afastamento da ideia da simples legalidade¹⁶⁵. O direito enquanto pressuposto, só foi possível a partir do momento em que se operou a constitucionalização do Direito Administrativo, no sentido de vincular a actividade administrativa à lei fundamental, passando a falar-se de dependência directa a constituição. Verificando-se por força disso, uma autodeterminação da lei suprema face ao poder legislativo, garantindo desta forma a aplicação das normas da constituição, sem a clássica intermediação legislativa. Mesmo havendo alguma dependência, a verdade é que o princípio da juridicidade continua a valer como tal.¹⁶⁶

Apesar de tudo, e como elemento garantístico, a utilização do princípio da juridicidade traz consigo, uma maior exigência, no que ao controlo da actividade administrativa pelos tribunais se diz respeito, na medida em que passam existir vários

¹⁶³ Pedro Moniz Lopes, Princípio... ob cit...p 331.

¹⁶⁴ Vieira de Andrade, O dever... ob cit... p14.

¹⁶⁵ Merkl entende que a legalidade seria uma espécie de juridicidade qualificada. Adolfo Merkl, Teoria General del Derecho Administrativo. Granada, Comares, 2004, p. 209

¹⁶⁶ Carmen Lúcia Rocha. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994 p 86.

padrões para fiscalizar tal actividade, partindo da própria constituição, os costumes, o direito natural, a lei, as convenções internacionais¹⁶⁷ etc.

O papel da constituição e a necessária efectivação do seu conteúdo pela administração apresenta-se como um dos caminhos justificador da aplicação do princípio da juridicidade, paralelamente ao controlo da actuação administrativa ao abrigo daquele princípio, efectuado pelos tribunais. A natureza dos princípios constitucionais¹⁶⁸ que agora vinculam directamente a administração conduz ao controlo inclusive do mérito da actuação, na medida em que o princípio da constitucionalidade exige que os actos do estado sejam conformes à constituição. Mera hipótese sem contudo conceder, pode-se por exemplo proibir que os tribunais comuns efectuem tal controlo, com o argumento da violação da reserva da administração, entretanto o mesmo não pode acontecer em relação aos tribunais constitucionais que têm a missão de proteger a constituição, contra todos os actos e omissões dos poderes públicos. Por outro lado, a reserva de administração estribada no princípio da separação de poderes, encontra consagração constitucional, cabendo aquela corte a sua avaliação e fiscalização no que a sua efectivação se diz respeito, pelo que não haverá problema em termos o tribunal constitucional a avaliar o mérito da actuação administrativa, porquanto esta encontra fundamento na lei suprema¹⁶⁹, havendo neste sentido a obrigação de o tribunal constitucional verificar se tal actuação respeitou o princípio da separação de poderes ou outro princípio. O argumento da violação da reserva da administração como fundamento da proibição do controlo vale apenas quando se tem

¹⁶⁷ “Dessa forma, leciona Germana de Oliveira Moraes quanto ao controle jurisdicional dos actos administrativos que, na época actual, a expressão “controle de mérito” deve ser substituída por “controle de juridicidade”, ultrapassando o entendimento relacionado ao exame do acto sob a óptica de uma legalidade formal, e permitindo uma compreensão que inclui os princípios como parâmetros de análise, portanto, visando o interesse público “Existe sempre para o Poder Judiciário a possibilidade de invalidação de todo e qualquer acto administrativo, inclusive daquele resultante da acção discricionária ou da valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados ou de prognose”. Gabriel António de Abreu Vieira, Os Princípio da legalidade, juridicidade e supremacia e supremacia do interesse público, parâmetros de controle administrativo e jurisdicional. Um exemplo concreto na decisão da ADPF Nº 101/DF, p 2167.

¹⁶⁸ Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Constitucionalização do Direito Administrativo, Lumen Juris editora 2010 p77.

¹⁶⁹ Entre nós, temos por exemplo ao nível da Lei do Processo Constitucional Lei 3/08, o recurso extraordinário de inconstitucionalidade que pode incidir sobre actos administrativos que violem direitos fundamentais e regras consagradas na Constituição da República de Angola.

a lei como padrão, não valendo tal raciocínio nas circunstâncias em que o padrão se apresenta sob a forma de juridicidade.

Nestes termos, a juridicidade carrega consigo a possibilidade de um ativismo administrativo nos seguintes termos; *“Mais que isso, a actuação da Administração Pública é passível de se realizar segundo a lei reconhecidamente constitucional (secundum legem), segundo a Constituição, mesmo sem qualquer previsão legal (praeter legem) e, inclusive, ainda que contra a lei, mas em observância aos princípios fundamentais (contra legem)”*¹⁷⁰.

Assim, a Administração pode em obediência à constituição e controlada pelas coordenadas da juridicidade, praticar actos que se consubstanciem na efectivação das suas normas, sem que para tal exista uma lei ordinária que a oriente, estamos por exemplo a falar dos direitos fundamentais, que no seu regime impõem aplicação imediata. Muitas vezes, a juridicidade confere à Administração a possibilidade desatender ao conteúdo de uma lei, por estar a agir em obediência à constituição, levando-a a ponderar se cumpre a lei ou a constituição, pergunta cuja resposta afigura-se clara¹⁷¹.

Nestes termos; *“Portanto, é possível afirmar que pressupor uma actuação administrativa comprometida com o ordenamento jurídico-constitucional e, por conseguinte, com a promoção de uma tutela administrativa “espontânea, integral e igualitária dos direitos fundamentais, em prestígio ao princípio da juridicidade, significa essencialmente admitir a verdadeira existência e legitimidade da actividade administrativa”*¹⁷²

O princípio da juridicidade é dos mais importantes para administração pública, fundamentalmente por acarretar em si, o princípio da legalidade como obediência ao direito, a legitimidade quando se realiza por via da actuação da administração a vontade

¹⁷⁰ Fernanda Macedo Ferreira, Actuação administrativa prater legem; em busca da efectivação dos direitos fundamentais pela administração pública, Curitiba 2015 p 26.

¹⁷¹ Deixar de cumprir a lei que estabelece o pagamento de uma indemnização após a expropriação, quando a Constituição por exemplo estabelece o pagamento da indemnização antes da expropriação.

¹⁷² Fernanda Macedo Ferreira, Actuação... ob cit... p 29.

da colectividade e esta reconhece-a, e da moralidade, ínsita ao conteúdo da actividade administrativa e sua finalidade em relação à comunidade.

Se o princípio da juridicidade olha em primeiro lugar para o ordenamento jurídico como um todo, será este mesmo ordenamento que estabelecerá as condições de validade de actos praticados, ou irá considerar irrelevantes alguns actos tendo como referência o princípio em causa. Neste termos e porque o agir na base da juridicidade comporta elementos de racionalidade e legitimidade democrática, a própria ordem jurídica permite que se fale em presunção de legalidade da actuação administrativa.¹⁷³

A juridicidade identifica um conjunto de matérias que constituem o seu núcleo, que expressam a *“normatividade geradora de situações imprescritíveis em Direito Administrativo”*¹⁷⁴, fazem parte destas matérias as seguintes;

- a) As normas que consagram ou declaram direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana e ainda todas aquelas normas que os garantem;
- b) Sem prejuízo de possível sobreposição com as anteriores, as normas constitucionais e, num plano diferente, todas as normas que, sendo dotadas de valor infraconstitucional, servem de padrão de conformidade a outras normas;
- c) As normas que (podendo ou não estar incluídas em algum dos anteriores níveis) têm a sua violação sancionada pela ordem jurídica com a nulidade (ou a eventual inexistência) dos respectivos actos desconformes;
- d) As normas que definem e garantem o regime de bens integrantes do domínio Público;
- e) As normas definidoras de competência das diferentes estruturas administrativas, especialmente aquelas cuja violação não encontra desvalor jurídico dos respectivos actos a anulabilidade.

Portanto, e como já o dissemos, existem matérias que por força da sua natureza, merecem a nossa atenção, quando discutimos questões referentes à juridicidade.

¹⁷³ Paulo Otero, Direito do... ob cit.. p 147.

¹⁷⁴ Paulo Otero, Direito do... ob cit...p 151.

Entretanto a grande questão que se pode colocar em relação à matéria, tem a ver com o controlo da actuação da administração ao abrigo do princípio da juridicidade, fundamentalmente quando a mesma é baseada em outros valores que não a lei, como entender a discricionariedade face ao princípio da juridicidade? O mesmo quase que não se colocava no confronto discricionariedade e legalidade, pois era pacífico que a discricionariedade de alguma forma representava uma excepção à lei, permitida pela mesma, e quanto à juridicidade? É a questão que nos irá ocupar nas linhas que se seguem.

3.2. Os caminhos da discricionariedade, face à juridicidade.

Já fizemos referência ao princípio da reserva da Administração que irá justificar a actuação da Administração livre de qualquer intervenção de outros poderes públicos. Por outro lado, vimos igualmente alguns domínios da actividade administrativa que exteriorizaram a “senilidade” do princípio da legalidade, o que justificou o estudo com maior detalhe e profundidade do princípio da juridicidade. Todas as questões referidas, podem ser resumidas em uma única ideia, poder discricionário da Administração Pública, seus contornos, história¹⁷⁵ e seu controlo por outros poderes de modo a

¹⁷⁵ “Esa historia se ha labrado, como es bien conocido, con la ayuda de un instrumento radicalmente heterodoxo, el recurso por excés de pouvoir. No es momento de reproducir aquí esa historia, naturalmente, pero no es inútil recordar una vez más que comienza con una exención, la que resulta de la categórica prohibición que la Ley de 16-24 de agosto de 1790 dirigió a los jueces y tribunales de interferir de cualquier modo que fuese la acción de los agentes de la Administración. La prohibición, en lo que al poder discrecional concierne, caía sobre terreno bien abonado por los siglos, ya que el poder discrecional, como opuesto a la puissance réglée en justice, era el heredero de la potestas extraordinaria o ab (lege) soluta que teorizó BALDO, la expresión de la esencia misma del gubernaculum de BRACTON, de lo que no puede ser objeto de la urisdicção porque pertenece a la prerrogativa regia, que no es apta para la lengua de ningún abogado, como advirtió en tono amenazador el primero de los Estuardo. A esa negación inicial, a ese ámbito exento de todo control por los tribunales, le fue restando espacio progresivamente el Conseil d’État, aprovechando su condición de órgano consultivo del jefe del Poder Ejecutivo. La denominación de ouvertures dada a la incompetência primero, al vicio de procedimiento después, a la desviación de poder más tarde y, finalmente, a la violación de ley y de derechos adquiridos expresa de forma muy gráfica el origen y el sentido de la evolución del recurso por exceso de poder, que abre, ciertamente, cuatro vías, muy concretas las primeras y más amplia la última, de penetración en el espacio prohibido del poder discrecional, que —nótese bien— en el terreno de los principios sigue siendo un espacio exento, libre de todo control, más allá de estas cuatro excepciones. El progreso ulterior del control jurisdiccional confirma explícitamente esta idea. El arrêt Gomel, de 1914, permitió por vez primera el control de la calificación jurídica de los hechos; el arrêt Camino, de 1916, aceptó controlar la

garantir a realização dos direitos dos particulares alvos da actuação da administração ao abrigo daquele poder.

Apesar de ser a lei a definir o interesse Público prosseguido e realizado pela administração, a verdade é que esta na materialização daquele interesse goza de uma margem de livre apreciação para definir por exemplo as formas de realizá-lo, bem como os meios mais convenientes para o efeito¹⁷⁶, portanto estamos diante de um poder que cabe quase que exclusivamente à Administração Pública.

Importa referir a título prévio que o fenómeno da discricionariedade não é exclusivo do poder administrativo, ele pode ser encontrado ao nível dos poderes legislativo e judicial, em qualquer dos poderes revela-se desde logo a exigência de liberdade de actuação para a conformação de determinados valores em voga num determinado contexto. Em qualquer dos poderes deverão estar garantidos os mecanismos de controlo do seu exercício, que se podem revelar, desde que mal utilizados, em verdadeiras “bombas desactivadas nas mão de crianças” sem poder para as manejar. O poder discricionário exercido pelo poder legislativo pode ser controlado em regra, salvo particularidades do sistema constitucional, pelos tribunais constitucionais no momento em que analisam a constitucionalidade das leis, por outro lado, o exercício do poder discricionário pelos órgãos judiciais, pode ser controlado pelos tribunais superiores em sede de recurso e não só.¹⁷⁷

propia existencia de los hechos; el arrêt Ba- rel, de 1954, dio un paso más al contrastar la decisión discrecional con los principios generales del Derecho, y en concreto con el principio de igualdad, y el arrêt Ville Nouvelle Est, de 1971, sometió a escrutinio las ventajas y los inconvenientes de esa decisión, el célebre y polémico bilan couts-avantages, una variante atrevida del test de proporcionalidad. El avance ha sido, pues, espectacular, pero es forzoso reconocer que el control del poder discrecional sigue marcado por una cierta nota de excepcionalidad en la medida en que queda a expensas en último término de lo que la doctrina francesa denomina la política jurisprudencial del Conseil d’État, que sigue siendo quien marca la línea divisoria entre la legalidad y la oportunidad, entre lo que es susceptible de juicio y lo que debe ser respetado en todo caso, una línea que no permanece fija porque el juez administrativo se reserva la facultad de moverla para ajustarla a las circunstancias”, Tomás Ramón Fernández, Sobre los límites constitucionales del poder discrecional revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 187, Madrid, enero-abril, 2012 p 145.

¹⁷⁶ Neste sentido, Renato Alessi, Instituciones de Derecho Administrativo, Bosch casa editorial 1975, p 195.

¹⁷⁷ “A partir do momento em que se afirma, sem reticências, contra o dogma da onipotência da lei, a vinculação jurídico-constitucional do legislador, a exigência do princípio da constitucionalidade material teria de confrontar-se necessariamente com a questão de saber qual o eventual espaço livre ou discricionário deixado à lei na execução dos preceitos constitucionais. Os conceitos de discricionariedade e de poder discricionário, trabalhados pela doutrina do direito administrativo, afiguram-se a alguns

Como resultou claro das linhas anteriores, apenas a administração pode determinar no caso concreto, a melhor forma de realizar o interesse da colectividade, coisa que nem sempre o legislador atende, porquanto ele está muitas vezes preocupado com padrões e parâmetros gerais a serem seguidos casos se verifiquem determinados factos. Portanto, haverá uma comunicação implícita do legislador ao poder administrativo para que este realize da melhor maneira aquilo que ele não pode fazer, porquanto ele está preparado e ocupado a prever todas as situações da vida e a conferir soluções normativas aplicáveis a estas. Reconhecendo as suas limitações e como forma de superá-las, remete alguns poderes à administração, para materializar padrões, que por falta de “tempo” ele não pode.

O tratamento da discricionariedade pela doutrina passou por várias fases¹⁷⁸, até chegar a época moderna, de qualquer forma ainda que sumariamente cabe-nos fazer referência às várias teorias que se debruçaram a respeito do tema¹⁷⁹.

1. A tese que defende a ideia segundo a qual, a discricionariedade administrativa opera apenas no âmbito das consequências das normas administrativas; esta tese propaga a possibilidade de se atribuir à administração o poder de escolher dentre várias alternativas uma, que se mostre viável. No entanto, a escolha será feita em termos condicionais, ou seja, verificados certos condicionalismos, a administração pode decidir entre uma e outra, sendo que da decisão entre agir

autores instrumentos conceituais adequados para captar o âmbito de liberdade e vinculação do poder legiferante, agora submetido não só, à hierarquia material superior das normas constitucionais mas também um controlo judicial (concentrado ou difuso) feito por órgãos constitucionais não legislativos. Tal como a administração é a execução da lei, cabendo aos tribunais exercer o controlo da legalidade (princípio da legalidade da administração), a legislação seria a execução da constituição pertencendo aos tribunais ou a uma jurisdição fiscalizar a conformidade formal e material dos actos legislativos (princípio da constitucionalidade das leis)”. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra editora 1994, p 215ss ss.

¹⁷⁸ Para ver o sentido e evolução comparada do instituto dentre outros veja, Sérvulo Correia, *Legalidade...ob cit...* p 485 ss.

¹⁷⁹ Para mais desenvolvimento a respeito das teorias, veja, Fernanda Paula Oliveira, *A discricionariedade do planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade Administrativa*, Almedina 2011 p 43 ss. António Francisco de Sousa na obra já citada, apresenta algumas doutrinas ligadas ao tema, a doutrina da discricionariedade como espaço de liberdade, a tese da discricionariedade na concretização da previsão da norma, discricionariedade como delegação do legislador para realização da justiça no caso concreto, discricionariedade para a prossecução da função, discricionariedade como liberdade de conformação, p241ss.

ou não, resultará uma consequência. Esta tese centra a sua atenção no aspecto volitivo;

2. A tese que defende a ideia segundo a qual, a discricionariedade administrativa opera tanto no âmbito das consequências jurídicas como no dos pressupostos de facto (indeterminados) das normas jurídico-administrativas: os conceitos jurídicos indeterminados também como fonte de discricionariedade; no centro desta teoria está o argumento da indeterminação das normas e das suas consequências como sendo as geradoras da discricionariedade, adeptos desta teoria entendem que a utilização de conceitos indeterminados, afigura-se como uma técnica do legislador para atribuir poderes discricionários à Administração Pública;
3. Tese segundo a qual a discricionariedade administrativa opera apenas no âmbito do pressuposto de facto (imperfeito) das normas jurídico-administrativas; esta tese vê na discricionariedade a oportunidade para preencher normas que por alguma razão estão incompletas, ou seja; por via da discricionariedade opera-se uma integração de lacunas normativas, por via da actuação administrativa.

Face ao quadro exposto, embora não seja uma questão central da monografia, perfilhamos a ideia da discricionariedade contendo os três aspectos acima referidos, ou seja adoptamos uma posição híbrida, pois só assim teremos uma visão completa do instituto.

A discricionariedade representa acima de tudo um campo de acção uma zona cinzenta deixada a cargo da administração, cujo trajecto deverá ser feito por ela de forma quase livre, desta caminhada poderão resultar consequências susceptíveis de impugnação pela administração ou por outros poderes. Da mesma forma, são em parte os conceitos indeterminados¹⁸⁰ que dão origem e propiciam a actuação administrativa

¹⁸⁰ “As normas com enunciados vagos representam como já se viu anteriormente na fase de interpretação de enunciados tendentes à criação da norma de decisão administrativa, expressões com vocábulos que apresentam propriedades de vagueza ou incerteza sintáctica. Esta indeterminação linguística corresponde a uma técnica paradigmática de atribuição de discricionariedade através da elaboração de textos normativos, na medida em que a incerteza propositada na elaboração de textos vagos traduz, como se compreende, uma inexistência propositada de fronteiras precisas quanto à extensão conceptual do enunciado da norma habilitante. Consequentemente, essa indeterminação potencia a já referida margem de incerteza (margem extensional de dúvida) sobre se um facto relevante é, ou não, qualificado na categoria abstracta normativamente fixada. A justificação da integração da vagueza na análise da

discrecionária, pois eles não traçam um caminho, antes pelo contrário, oferecem vários à administração sendo ela a responsável pela escolha do sentido a adoptar, sem que haja imposição de outros poderes para a escolha da alternativa. Com este comportamento, a administração estará a concretizar as normas fundamentalmente porque na sua estrutura elas não são suficientemente esclarecedoras, ao ponto de serem aplicadas sem qualquer margem de interpretação e trabalho de “engenharia” por parte da Administração Pública.

“Existe um conceito unitário e amplo de discrecionariedade como um espaço de decisão da responsabilidade da Administração decorrente de uma indeterminação legal, e que abrange por isso, não apenas as situações de indeterminação estrutural, mas também, a indeterminação conceptual, englobando quer as faculdades (directas) de acção (que decorrem de normas autorizativas e de normas de decisão alternativa), quer as margens de apreciação na aplicação de conceitos indeterminados – encontrem-se estes na hipótese (discrecionariedade de apreciação) ou na estatuição da norma (discrecionariedade de decisão) -, quer ainda os casos de liberdade de conformação na Administração constitutiva e planificadora, bem como de prerrogativas de avaliação (juízos sobre aptidões pessoais ou avaliações técnicas especializadas, decisões com

discrecionariedade conferida por normas habilitantes de decisões administrativas resulta precisamente da integração propositada de uma abrangência de casos na extensão do conceito enunciado, permitindo ao decisor administrativo a escolha entre integrar, ou não, os factos relevantes de um caso administrativo na previsão da norma habilitante enunciada em termos vagos. A tradicional manifestação gráfica da vagueza linguística em círculos [(i) margem de certeza positiva, (ii) margem de certeza negativa e (iii) margem de incerteza] permite perceber melhor a sua caracterização como discrecionariedade. A indeterminação extensional de um conceito corresponde, como é costume referir, a uma zona de penumbra (zona cinzenta) de significação, relativamente ao que o conteúdo pode significar. Apesar de referenciada num contínuo, essa zona de incerteza é transmutável numa panóplia de alternativas que se sucedem ao longo de toda a franja de incertezas conceptual, nomeadamente quanto a todos os significados que aí se reconduzam. A margem de incerteza conceptual corresponde, assim, à zona de alternativas à escolha de decisor administrativo, onde reside a dúvida extensional do conceito, pelo que é nessa margem de incerteza, e nas alternativas aí compreendidas, que se resolverá a redução das situações de facto que serão reguladas pela norma expressa através do enunciado vago. A justificação da inclusão da incerteza semântica dos enunciados das normas de conduta na problemática de discrecionariedade justifica-se por motivo complementar: a interpretação de enunciados vagos compreende uma estrutura essencialmente normativa na qual a previsão corresponderá a se enunciado vago quanto à sua relação de significado, o modo deôntico é impositivo, (deve) e a estatuição é expressa na atribuição de um significado preciso, assim se reduzindo a margem de incerteza conceptual. Nestes termos, a selecção de uma das alternativas conferidas pelo enunciado vago da norma habilitante é, também ela, objecto de convergência de princípios reguladores da discrecionariedade, motivo pelo qual se compreende que a interpretação de um enunciado vago, quanto à subordinação de uma situação de facto na respectiva hipótese normativa, não poderá, por exemplo, ser desproporcional, desigual, ou violadora de uma confiança específica”. Pedro Moniz Lopes, Princípio... ob cit... p 186-187.

elementos de prognose, ponderação de interesses complexos e decisões com consequências políticas).”¹⁸¹

Sempre que se verificarem situações em que à administração são conferidos espaços por via dos quais ela terá de decidir, optar dentro de um quadro perfeitamente identificado, estaremos e poderemos falar de poderes discricionários, inclusive e neste sentido, pode-se exactamente fazer menção a poderes para identificar o interesse público, face à outros interesses que subjazem à decisão a ser tomada¹⁸².

A interpretação dos conceitos indeterminados faz parte do processo que conduz a efectivação de uma decisão quem tem como referência a discricionariedade, portanto faz parte de um processo. A discricionariedade representa uma margem de livre apreciação conferida à administração.

De certa forma hoje, a discricionariedade é encarada como um espaço de competência juridicamente/normativamente atribuída, e que por força disso, a administração está subordinada a determinados padrões, deixando por isso de haver dependência exclusiva à lei. Desde já o uso deste poder está condicionado antes de mais pela sua *ratio*, *tem de subordinar-se aos “princípios, da veracidade dos factos, da racionalidade dos juízos, proporcionalidade das ponderações, autovinculação (no sentido do respeito pelas suas decisões) da imparcialidade, da igualdade, da protecção da confiança, da boa fé e mesmo da eficiência, tecendo-se com eles uma rede que prende a Administração ao mundo do direito. A discricionariedade aparece, assim, como uma forma de aplicação e como um espaço de actividade, racional, e controlável”*.¹⁸³

O tratamento normativo da discricionariedade permite notar a existência de uma autonomia administrativa, que dá origem a determinado tipo de normas consagradoras daquele poder, as que conferem discricionariedade, e as que a regulam estabelecendo necessariamente os seus pressupostos e limites. Assim, as normas que a conferem são naturalmente anteriores às que a regulam, na medida em que temos de a compreender para em seguida perceber os contornos que ela vai assumindo, no contexto social. Neste

¹⁸¹ Fernanda Paula Oliveira, Discricionariedade... ob cit... p 72.

¹⁸² Fernanda Paula Oliveira, Discricionariedade... ob cit... p 65.

¹⁸³ José Carlos Vieira de Andrade, O dever... ob cit... p136 ss.

sentido, as normas consagradoras de discricionariedade assentam sobretudo na ideia do dever ser e de imposição, viradas para a toma de decisões, excluindo-se aspectos consagradores de liberdade e de acção viradas para comportamentos não deonticos.¹⁸⁴

A normatividade da discricionariedade constitui elemento fundamental para a sua compreensão¹⁸⁵, pois ela apenas existirá paralelamente às normas de legalidade, na

¹⁸⁴ David Duarte, A norma de Legalidade Procedimental Admnsitrativa, a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória, Almedina 2006 p 463-464.

¹⁸⁵ “Decorrendo a discricionariedade sempre de uma norma é, portanto, evidente que uma das situações é possível: (i) existe norma habilitante que parametrize minimamente o exercício da competência e, nesse caso, a discricionariedade surgirá dessa norma de conduta ou (ii) em casos em que inexista norma habilitante sobre a própria acção admnsitrativa, a discricionariedade surge da própria norma de competência. Na verdade ao permitir a criação do direito sem qualquer especificação sobre qualquer o critério de direcção da decisão admnsitrativa, a norma de competência confere, em tese, uma panóplia infinita de possibilidades autodeterminadas autodeterminadas pelo decisor competente para a realização da conduta, na medida em que nada dizer sobre os critérios de decisão administrativa equivale logicamente a admitir todas as alternativas possíveis a autoconfigurar pelo órgão competente. Assim não é, no entanto, quanto à forma de actuação administrativa por acto administrativo. Tendo-se já assente que vigora um princípio de reserva de nora jurídica habilitante da actuação admnsitrativa por acto administrativo (legalidade de conformidade), não se estranha, portanto, que a discricionariedade sofra uma perspectiva de análise exclusivamente centrada na norma habilitante que a confere. Em virtude do princípio da reserva da lei, o decisor administrativo apenas poderá produzir uma decisão admnsitrativa com base numa norma atributiva de competência para a prática desse acto, à qual se agregue (ou com a qual se confunda no mesmo enunciado) uma outra norma de conduta prefiguradora, com maior ou menor densidade reguladora, do conteúdo do acto a praticar. Uma lei habilitante que não fixe parâmetro normativo de conduta mínimo será inevitavelmente inconstitucional por violação do princípio da legalidade na vertente da reserva de lei. Por conseguinte, a prática de um acto administrativo com base exclusiva em norma de competência não é admissível à luz dos argumentos aduzidos: a norma de competência é uma norma puramente atributiva da faculdade de criar direito, da qual não resulta qualquer predeterminação (por se tratar, em rigor de uma norma deonticamente neutra) da conduta a realizar e, nessa medida, não é constitucionalmente admissível quanto ao padrão de legalidade de conformidade. Admitindo-se em abstracto que a discricionariedade possa surgir da própria norma de competência por si só, sem projecção da norma de conduta que parametrize o modo de exercício de competência, a verdade é que o imperativo de preexistência da norma de conduta inerente ao princípio da reserva de lei, em matéria de actos administrativos, desvia toda a análise da discricionariedade para a norma habilitante que regula a decisão administrativa. É que, como se refere, as normas de competência só são atributivas de discricionariedade em casos de condutas administrativas sob a designada legalidade de compatibilidade (no âmbito da qual a norma jurídica não é fundamento mas tão só limite da actuação admnsitrativa que lhe deve respeito). A imposição de uma norma de conduta incidente sobre o modo de exercício desta competência administrativa, devida ao princípio da reserva de lei em matéria de actos administrativos, deriva a análise da discricionariedade para a própria norma de conduta. Na verdade, ao projectar-se sobre o modo de exercício de competência, a norma de conduta fecha a amplitude infinita de alternativas conferidas pela norma de competência. É portanto, lógico que, ao estreitar essa globalidade de alternativas configuráveis, conferidas pela norma de competência, a análise das alternativas normativamente admissíveis seja exclusivamente centrada na norma de conduta (habilitante); esta norma, caso confira discricionariedade, estreita os termos do exercício da competência e simultaneamente abre alternativas admissíveis de decisão, mas apenas as que resultem dos próprios efeitos jurídicos que a norma admite. É portanto, da análise desta norma que retiram as alternativas normativamente admissíveis de decisão admnsitrativa. Por conseguinte, a análise da discricionariedade no acto administrativo surge, da mesma forma, como um problema de direcção de actuação administrativa inerente à reserva de lei enquanto reserva de norma de conduta, pelo que apenas pode ser colocada, também ela, na norma habilitante (ou no enunciado que a expressa) que prefigura com

medida em que as normas consagradoras de discricionariedade podem ser concretizadas por diversas formas, no que à actividade administrativa se diz respeito, podendo concluir-se que a discricionariedade reside justamente na liberdade de concretização conferida pela norma em questão. A norma de competência consagradora da discricionariedade, habilita a administração a actuar num determinado sentido, caso não existam elementos de vinculação, aplicáveis a esta¹⁸⁶.

Paralelamente às normas de competência, as normas de conduta são responsáveis pela atribuição da discricionariedade, ao estabelecer condutas passíveis de serem adoptadas pela administração, assim, estar-se-á a conferir alguma margem de liberdade de acção aos órgãos administrativos.¹⁸⁷

A discricionariedade decorre dos preceitos consagrados nas normas habilitantes ou de conduta, que por sua vez indiciam um determinado comportamento, muitas vezes por força da sua indefinição linguística não se consegue perceber o sentido exigido pelo contexto. Para o efeito, é necessário atender à finalidade da norma em si para que a utilização dos conceitos produza os efeitos desejados.

Assim, existirá discricionariedade na perspectiva da liberdade de opção entre os vários caminhos quando estes sejam fixados implicitamente pela norma em questão, envolvendo portanto um poder de escolha entre as alternativas, realizada autónoma e unilateralmente pelo decisor administrativo, conferido e balizado por normas jurídicas. A decisão em si, poderá portanto afectar a esfera jurídica dos cidadãos em função da alternativa adoptada.¹⁸⁸

Linguisticamente falando, a discricionariedade aparece em regra através das expressões, poder discricionário, ou ainda e como acontece na maior parte dos casos, por via das expressões pode, autoriza-se etc. Neste sentido, elas representam indícios conferidos pelo legislador, pois não se trata exactamente da atribuição clara de um poder (dependendo das expressões usadas), pela norma, nem sempre que se usam as

maior abertura as possibilidades de decisão administrativa". Pedro Moniz Lopes, Princípio... ob cit... p 183 185.

¹⁸⁶ David Duarte, A norma de Legalidade... ob cit... p 455 ss.

¹⁸⁷ David Duarte, A norma... ob cit... p 476.

¹⁸⁸ Pedro Moniz Lopes, Princípio...ob cit...p 182.

expressões acima referidas pode-se falar da atribuição de um poder discricionário na medida em que o sentido continua implícito, pelo que, teremos de recorrer à *ratio* da norma em causa de modo a averiguar se estamos ou não diante de um comando que habilita o exercício de um poder discricionário.¹⁸⁹

Na verdade o grande problema da discricionariedade é a aplicação da lei ao caso concreto, sendo que neste âmbito se vão levantar questões de escolhas que têm de ser efectuadas pelo decisor administrativo, ou nas palavras de Pedro Moniz Lopes¹⁹⁰, “*está-se perante uma escolha entre direitos aplicáveis à situação jurídica*”, de tal sorte que a opção eleita e mesmo a postergada, estão a coberto do Direito, em qualquer das suas vertentes.

Importa referir que a discricionariedade enquanto instrumento ao serviço da actividade administrativa, pode estar virada à várias finalidades¹⁹¹, desde logo pode atender à interesses estratégicos, que definem a posição a ser adoptada pelos órgãos da administração diante dos desafios que se vão colocando no dia a dia, e que pela natureza não podem esperar que o legislador crie padrões para os solucionar. Noutras vezes, ela visa sobretudo permitir à administração adopção de determinadas condutas, em face de situações eminentes de injustiças sociais, decorrentes da aplicação de leis que apenas atendem a padrões gerais, ignorando os casos concretos. A discricionariedade pode servir a tarefa planificadora da administração, ou ainda a gestão dos interesses públicos na adopção das melhores políticas de modo livre desde que alinhadas aos fins do estado em geral e da administração em particular, passando nesta dimensão a discricionariedade a ser entendida como elemento ínsrínseco às tarefas diárias da Administração Pública.¹⁹²

¹⁸⁹ António Francisco de Sousa, Direito Administrativo... ob cit... p 247.

¹⁹⁰ Pedro Moniz Lopes, Princípio... ob cit... p 178.

¹⁹¹ Para mais desenvolvimentos vide, Hermann-Josef Blanke La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Margenes de discrecionalidad y de apreciación in Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa: presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo / coordinado por Pedro Aberastury y Herman Josef Blanke. 1a ed. - Buenos Aires : Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p 48ss

¹⁹² António Francisco de Sousa, Direito Administrativo ... ob cit... p 252.

Em termos gerais e como razão fundante do uso de poderes discricionários por parte da administração, está a ideia de autonomia pública,¹⁹³ que em termos globais, tem a discricionariedade como uma das suas manifestações, gerando uma discussão acerca das regras sobre aplicação das normas discricionárias. Segue-se no que aos fundamentos se diz respeito, o princípio da separação de poderes, a concepção de Estado Social de direito, enquanto entidade prestadora e os direitos e interesses dos cidadãos¹⁹⁴, apurando-se por conseguinte uma tríplice fundamentação.

Do ponto de vista da sua “estruturação procedimental”, a discricionariedade pode abranger os seguintes passos; (i) elaboração e avaliação das alternativas aptas tecnicamente à prossecução do fim apurado; (ii) selecção do meio preferencial; (iii) na opção sobre a sua utilização, atendendo as respectivas vantagens e desvantagens; (iv) determinação do momento de utilizar o meio seleccionado¹⁹⁵.

Releva sobretudo para efeitos de controlo, a semelhança do que se fez no parágrafo anterior, demonstrar algumas formas através das quais se poderá manifestar a discricionariedade¹⁹⁶;

- a) Momento da prática do acto; a Administração terá nestes casos, a faculdade de praticar o acto agora ou mais tarde, conforme melhor entender;
- b) A decisão de praticar ou não um certo acto administrativo; muitas vezes este aspecto é vinculado, mas também pode ser discricionário;
- c) A determinação dos factos; confere-se à administração, a possibilidade de concretizar os comandos legais, por via de avaliações próprias, se estão ou não reunidos os pressupostos para aplicação de certa norma;
- d) A determinação do conteúdo; evidencia o poder de escolha deixado a cargo da Administração Pública;
- e) Forma a adoptar para o acto; desde que não haja uma norma a determinar de modo claro a forma a adoptar para os actos Administrativos;
- f) As formalidades a observar, na preparação do acto;

¹⁹³ Sobre a matéria, Sérvulo Correia, *Legalidade...* ob cit... p 469 ss.

¹⁹⁴ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo* vol II, Almedina 2ª edição 2012 p 97.

¹⁹⁵ Paulo Otero, *Conceito e fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra editora 1992, p 202 e 203

¹⁹⁶ Nestes termos Diogo Freitas do Amaral, *Curso...* ob cit...p 102-104.

- g) A fundamentação ou não da decisão; se resultar de uma disposição legal a obrigatoriedade, neste caso não haverá discricionariedade;

Parece, salvo melhor opinião, que esta enumeração é exemplificativa¹⁹⁷, podendo haver outras situações propiciadoras da discricionariedade, desde que se verifiquem os pressupostos exigidos para o efeito. Se o legislador fixasse as situações susceptíveis de gerar discricionariedade de modo taxativo, então estaríamos a colocar em causa as razões que justificam a sua utilização, pois continuaríamos na senda dos poderes vinculados e cada vez mais fechados à criatividade administrativa virada para o interesse público.

Nesta fase da monografia e apresentados alguns contornos da natureza jurídica da discricionariedade, seus fundamentos, é chegada hora de mergulhar para um domínio que encerra alguma complexidade, que é o do controlo do uso dos poderes discricionários da administração. Muitas teorias apegam-se na arbitrariedade e excesso de poder, para afastar a discricionariedade dos anais do Direito Administrativo. Por outro lado, durante muito tempo defendeu-se que os poderes discricionários não poderiam ser controlados, por estarem exactamente fora dos domínios da lei, a tal ponto que algumas correntes entendiam-no como uma excepção ao princípio da legalidade¹⁹⁸.

¹⁹⁷ “A tendência actual vai no sentido de uma concepção unitária de discricionariedade, como designação inclusiva de todos os espaços de decisão administrativa, mas tendo em consideração as feições especiais de discricionariedade substantiva, que implicam diversas adaptações teóricas e dogmáticas da figura tradicional: a) a —discricionariedade regulamentar; b) a discricionariedade de planeamento — em que existe uma maior liberdade conformadora da Administração, perante normas-fim (e não normas condição, com pressupostos legalmente definidos, ainda que através de conceitos indeterminados); c) a simplificação tipificadora, designadamente na administração fiscal — por exemplo, a admissibilidade da concretização administrativa dos conceitos legais indeterminados para quantificação da matéria colectável através de —tipos médios; d) a discricionariedade configuradora ou reguladora, típica da regulação pública económica de sectores privados de interesse público por autoridades (semi) independentes; e) a discricionariedade implementadora no contexto da execução de programas ou directivas político-estratégicas de governo — as especificidades das decisões técnicas, derivadas de recomendações transnacionais ou negociadas, no âmbito da realização de políticas públicas, sem uma estrita vinculação legislativa de conteúdo (lei serve sobretudo como limite e orientação), muitas vezes com participação e compromisso dos representantes dos interesses sociais envolvidos, em termos que limitam as possibilidades de fiscalização judicial”. José Carlos Vieira de Andrade, *Lições de Direito Administrativo*, versão digital, p 16.

¹⁹⁸ Jean Rivero, *Direito Administrativo...ob cit...p 96*.

Apesar de tudo, o ideal é que se encontre um ponto de equilíbrio entre o exercício do poder discricionário, e actuação da administração vinculada, nas palavras de Rivero:

*“ A actividade da Administração não pode conformar-se com uma generalização da competência vinculada: é lhe indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever. Inversamente, uma Administração amplamente discricionária não ofereceria aos administrados qualquer segurança; seria votada ao arbítrio. Donde a necessidade de uma dosagem entre as duas.”*¹⁹⁹

3.3.O Controlo da discricionariedade.

Ora como resulta da história do instituto, a utilização da discricionariedade, resulta fundamentalmente de uma concepção abstratista do exercício do poder administrativo, que em regra não estava sujeito a nenhuma forma de controlo. Neste contexto foram identificadas áreas ou matérias imunes ao controlo dos tribunais. Esta concepção por via da acção do tempo foi sendo suavizada, permitindo a redução do leque de matérias “incontroláveis”. Com efeito, defendia-se a ideia da separação de poderes como principal fundamento para não sujeitar determinadas matérias ao crivo dos tribunais, pois tratavam-se de aspectos que se enquadravam no âmbito da actividade administrativa.

Não se pode esquecer que o princípio da separação de poderes²⁰⁰ - que esteve na base do surgimento do Direito Administrativo -, foi usado para justificar e escamotear

¹⁹⁹ Jean Rivero, Direito Administrativo ob cit... p 94.

²⁰⁰ “Posto isto, pode dizer-se que a separação de poderes entre a Administração e Justiça que constitui aquilo que se poderia designar pela «linha maginot» do Estado do Direito e que tem vindo a conhecer diversos contornos desde a revolução francesa assume novamente traçado diverso. Deste modo, e restringindo-nos ao tema delimitado para este trabalho, a divisão fundamental a empreender não é aquela que separa matérias jurídicas de matérias não jurídicas mas deve atender à natureza dos juízos para os quais a lei remete o agente. A principal distinção a levar a cabo é entre «juízos de diagnose» e juízos de prognose. Quanto aos primeiros, uma vez que se trata de provar a ocorrência de facto, nada obsta ao conhecimento total da matéria pelos tribunais. Quanto aos segundos, citando BARBOSA DE

alguns medos do poder político francês, resultantes da revolução francesa, portanto foi usado para fins políticos. De tal sorte que ele fundamentou a “incompetência” dos tribunais comuns para fiscalizar os actos praticados pelos órgãos da Administração Pública. Deste modo, a utilização do princípio da separação de poderes como fundamento para impedir a fiscalização dos actos discricionários pelos tribunais, só pode ser entendida naquele contexto, não fazendo sentido modernamente, em que se fala de obediência ao Direito e não de mera legalidade.

Por outro lado, precisamos de entender o contexto do surgimento do princípio da legalidade, que serviu fundamentalmente para limitar a actuação dos poderes administrativos, por isso é que a discricionariedade era vista como excepção ao princípio da legalidade. A excepcionalidade da discricionariedade face à legalidade tratava-se de um mecanismo de fuga da administração, para justificar certos actos praticados sem que se tivesse em atenção numa primeira linha as exigências decorrentes do princípio da legalidade, apenas garantido que tais actos fossem praticados em ordem ao fim público (convinha para administração, pois era este fim que justificava todo o tipo de acto) e por pessoa definida por lei, pois pretendia-se evitar que tais actos fossem praticados por quem não tivesse competência, como forma de evitar o caos e pânico no interior da Administração Pública.

Não podemos de maneira nenhuma esquecer que desde a sua criação, os tribunais representam a última esperança dos cidadãos e até mesmo para o estado, na

MELO, «na hipótese da ausência de critérios ou paradigmas pré-constituídos e tornados públicos, onde é que o juiz, para apreciar e controlar a decisão administrativa, iria buscar as máximas da decisão senão à sua própria vontade ou razão?. Uma vez que o juízo a efectuar será necessariamente subjectivo, então deverá prevalecer o juízo da Administração porque é o órgão que está dotado de legitimidade democrática, ainda que indirecta, ao invés do juiz que está absolutamente carecido de legitimidade democrática. Se no primeiro caso se poderia citar HANS RUPP quando defende que «também o juiz, tal como o funcionário administrativo não é um ser sobre-humano e pode cometer erros. No entanto, quem daí pretender retirar a fórmula que por vezes se houve, segundo a qual não há qualquer vantagem em substituir uma decisão problemática da Administração por uma decisão judicial não menos problemática mostra não ter compreendido não só a função da independência dos juizes como também o sentido da divisão dos poderes no Estado-de-Direito democrático, já quanto ao segundo caso poder-se-ia citar o seguinte trecho de MONTESQUIEU: «os Molossos, não sabendo como limitar o poder de um só, criaram dois reis: e com isso enfraqueceram o Estado, mais ainda que o governo; pretendiam estabelecer dois rivais, mas criaram dois inimigos”. José Martins Lucas Cardoso, Do Problema dos conceitos jurídicos indeterminados em Direito Administrativo, Para uma análise dos limites funcionais da jurisdição administrativa, Relatório elaborado no âmbito do seminário de Direito Administrativo, orientado pelo Prof. José Manuel Sérvulo Correia, do Curso de Mestrado em Ciências do Direito Público da Universidade Lusíada no ano lectivo de 1992/1993, p 43-44.

luta pela edificação de uma sociedade justa e pacífica. Quando os outros poderes nada mais puderem fazer, só resta mesmo o recurso às instâncias judiciais, nestes termos não se pode entender que alguns actos estejam isentos do controlo efectuado por estas entidades. Os actos praticados ao abrigo do poder discricionário podem ser controlados não na perspectiva do acto em si, mas em atenção aos parâmetros vinculativos que naturalmente o condicionam. Outros aspectos desta fiscalização podem ser efectivados, através do recurso a determinadas técnicas, estes aspectos serão discutidos nas linhas que se seguem.

Mesmo as teses que apregoam a inexistência do controlo judicial dos actos discricionários, concordam que existirão outras formas de fiscalizar o uso daquele poder pela administração²⁰¹, mecanismos que de alguma forma nos confortam pois não deixam o cidadão desamparado em face do poder “bélico” que pode representar o uso de poderes discricionários, sem qualquer limitação acompanhamento ou controlo.

Imaginemos o seguinte exemplo, a lei confere à administração a faculdade de notificar os particulares em 2 dias e a administração notifica o cidadão para comparecer no segundo dia por exemplo, e nesse dia o cidadão não comparece porque choveu na sua zona de residência e ele esteve impossibilitado de se deslocar, no entanto como não compareceu, perde o direito de se manifestar em sede do procedimento, esta

²⁰¹ “Não se pode confundir juridicidade com justiciabilidade: o mundo jurídico é sempre mais vasto do que o justiciável. Toda a actividade administrativa está sujeita ao princípio da juridicidade, mas nem toda ela é justiciável: não existe por isso, um controlo total da actividade administrativa pelos tribunais. Isto não significa que o particular fique desprotegido face à administração. Perante a maior amplitude da discricionariedade da Administração, reforçam-se as garantias dos administrados. Assim, para além das garantias políticas (Provedor de justiça, controlo parlamentar) e administrativas (descentralização, concentração participação), salientam-se as garantias jurídicas. É o caso, desde logo, do princípio da aplicabilidade directa dos preceitos relativos aos direitos liberdades e garantias (artigo 18º da Constituição). Por outro lado, verificou-se um alargamento do domínio da reserva de lei parlamentar, o que determina que relativamente às matérias por ele abrangidas se exige uma densidade legal acrescida e, portanto, uma vinculação mais estreita – formal, procedimental ou material – da actividade administrativa à lei. Existe ainda a obrigatoriedade de fundamentação expressa dos actos administrativos. Com a fundamentação a Administração deve dar notícia da presença dos pressupostos de facto da cção que a norma legal enuncia em abstracto na hipótese (justificação) e, estando em causa poderes discricionários, os interesses que, no seu juízo foram determinantes para a definição em um especial conteúdo do acto (motivação). Através dos motivos a Administração deve indicar quais os interesses que a levaram a agir e aquele ou aqueles a que deu mais relevo no processo de decisão, no sentido de terem sido determinantes para o conteúdo do acto. Esta enunciação dos motivos torna naturalmente mais fácil ao tribunal detectar o desvio de poder, o erro de facto, o erro manifesto de apreciação e a violação manifesta dos princípios. A juntar tudo isto, encontramos o desenvolvimento do direito organizatório e procedimental e um controlo mais apurado dos vícios de discricionariedade pelos tribunais”. José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira, *A Discricionariedade...* ob cit...p 386.

escolha da administração, porque discricionária não pode ser sindicada junto dos tribunais²⁰², e o cidadão não se manifestará no procedimento que será decidido sem que a ele seja dada esta possibilidade. Com a juridicidade as coisas não se processam desta forma, sob a sua égide o juiz analisará esta conduta da administração em função do que estabelece a constituição, onde se determina por exemplo que as decisões não podem ser tomadas pela administração sem audição dos cidadãos visados. Ademais, o motivo alegado no exemplo acima referido, é manifestamente atendível, pelo que haveria outras formas de solucionar a questão.

Na perspectiva clássica, o poder discricionário começa onde termina a acção da legalidade, neste sentido quando a administração pratica um acto ao abrigo da discricionariedade não age contra a legalidade. Como resultado, e porque o juiz se limita a controlar a legalidade, os seus poderes terminam aí onde ela terminar. Entretanto cumpre ressaltar que o juiz na sua tarefa pode criar normas e preencher os vazios legais muitas vezes deixados ao dispor da administração, assim ao invés de um poder discricionário teremos uma regra jurisprudencial, que acaba por reduzir as áreas sujeitas à actuação discricionária da administração. O cidadão pode exigir da administração um determinado comportamento, se ela estiver vinculada à lei, o mesmo já não acontece no caso de uma actuação ao abrigo do poder discricionário, o que reforça as nossas ideias acerca do controlo do poder discricionário e a necessidade de proteger o cidadão.²⁰³

Hoje parece já não fazer sentido a ideia da ilimitabilidade do poder discricionário em face da actuação do poder judicial, particularmente porque no centro da abordagem quando se quer discutir a questão dos parâmetros utilizados para controlar o exercício de tais poderes, encontramos o princípio da juridicidade. Se não é possível controlar,

²⁰² Neste sentido, Prosper Weil, *O Direito...* ob cit... p 123.

²⁰³ Jean Rivero, *Direito Administrativo...* ob cit.. p 95-97. No mesmo sentido, sobre o princípio da separação de poderes Rui Medeiros, considera que o que este princípio visa garantir é uma margem de liberdade da Administração, quer face aos tribunais, quer face ao próprio legislador. Em relação ao Tribunal, só no âmbito da discricionariedade é que juiz não pode intervir, nem sequer para anular o acto administrativo. Pelo contrário, no plano da legalidade, não há qualquer obstáculo a que o juiz condene a Administração, avançando a ideia de que se a discricionariedade estiver em causa, o juiz não pode condenar a Administração no que “há-de fazer” mas apenas “no quadro da sua actuação vinculada à lei”. Rui Medeiros, *Estrutura e âmbito da acção para o reconhecimento de direitos RDES*, Ano XXXI, nºs 1-2 Coimbra, Janeiro/ Junho de 1989 p 51.

fundamentando-se na legalidade o mesmo já não acontece se tivermos como referência a juridicidade.

Nestes termos, como conciliar o princípio da juridicidade face a possibilidade de sindicância ou não dos actos discricionários praticados pela Administração Pública.

O princípio da juridicidade sujeita a administração ao controlo efectuado pelos tribunais, momento em que se avalia a normatividade do agir administrativo. Para tal, o juiz deve ter a plena consciência que sob ele impende a obrigação de realizar a juridicidade em todas as suas acepções, pois hoje mais do que nunca, o Direito é axiológico, e o principal valor a ter em conta é a justiça, que em função de critérios ponderativos deve ser aferida caso a caso e por força disso ela transforma-se em limite critério e fundamento judicial da vinculação administrativa à juridicidade.²⁰⁴

Não é de estranhar que os tribunais possam fiscalizar a actuação discricionária da administração, na medida em que eles recebem o mandamento do estado e da constituição para o fazer, os tribunais devem garantir a obediência ao direito por parte dos poderes públicos, para o efeito estão consagrados mecanismos apropriados de controlo e fiscalização.²⁰⁵

Ademais a própria administração estabelece meios para autocontrolar-se²⁰⁶ no que ao exercício de poderes discricionários se diz respeito, por via de regulamentos que visam impor limites à actuação discricionária, ou ainda através de circulares dirigidas aos órgãos inferiores com directrizes orientadoras no uso de poderes discricionários. A jurisprudência quando adoptada pela administração de forma reiterada - em que se discutem problemas administrativos relativos ao uso do poder discricionários - gera o precedente administrativo, funcionado igualmente como mecanismo de controlo. Todos estes elementos estão ao serviço da administração e resultam do

²⁰⁴ Paulo Otero, Direito... ob cit... p 153.

²⁰⁵ Paulo Otero, Direito Constitucional Português, Vol I identidade constitucional, Almedina 2010, p 96.

²⁰⁶ Neste sentido, Renato Alessi, Instituciones...ob cit...p 200-201.

reconhecimento que o uso de poderes discricionários pode acarretar excessos²⁰⁷²⁰⁸ daí a necessidade de o limitar, provando mais uma vez que ele não é ilimitado antes pelo contrário, como poder constituído e derivado ele será sempre controlado tendo por referência a sua fonte geradora.

Por maioria de razão, os tribunais devem efectivamente fiscalizar os actos praticados ao abrigo do poder discricionário porquanto em determinadas circunstâncias totalmente a cobertas pelo princípio da constitucionalidade, àqueles órgãos podem condenar a administração a prática de acto devido²⁰⁹, que se afigura na nossa perspectiva como uma situação gradativamente mais forte. Seguindo o raciocínio clássico sobre a separação de poderes, este meio põe em causa a razão de ser da própria administração, que agora passa a receber “ordens” provenientes de tribunais, relativamente a sua forma de agir. No entanto, o mecanismo surge como consequência das inacções da administração e como forma de superar as insuficiências do recurso contencioso de mera anulação, portanto são soluções criadas para garantir que o contencioso seja efectivamente pleno. Tais alternativas perderiam a sua utilidade se não

²⁰⁷ “A doutrina tem apreciado a noção” epistemológica” da discricionariedade administrativa, passando por considerações do carácter da actividade administrativa, considerada vinculativa, com observações em tomo da crise da noção de imperatividade, com destaque para a actividade interpretativa. O excesso de poder na crise da eficiência da acção administrativa, leva a estudos sobre a efectividade da tutela da discricionariedade e a vinculação à administração pública. O excesso de poder merece limitações, sendo que o tema é examinado nas suas vinculações em abstrato e em concreto, propiciando apreciações sobre o sintoma de irregularidade, a análise do mérito e o defeito de motivação na actividade vinculada em abstracto. Todos esses questionamentos levam as análises em torno do relacionamento entre o indivíduo e a administração pública, especulações que modificam muitas interpretações constitucionais e administrativas provenientes da actuação do estado contemporâneo”. José Alfredo de Oliveira Baracho, Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública, R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, Jan/Mar. 1997, p42.

²⁰⁸ O abuso do poder discricionário torna a decisão discricionária uma decisão viciada. Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico 10ª edição, versão portuguesa traduzida por Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008 p 215.

²⁰⁹ Sobre o instituto, Paula Barbosa, Acção de condenação a prática de acto Administrativo legalmente devido, aafdl, Lisboa 2007. Está na mesma situação na nossa opinião, *mutatis mutandi* o instituto da condenação à abstenção de um comportamento, “pedido preventivo de tutela dirigido à emissão de sentenças de condenação à omissão de perturbações ilegais ou à imposição de deveres de abstenção, desempenha um papel crucial na efectivação do respeito pela legalidade administrativa. A actividade administrativa, na prossecução dos seus fins e na condução das políticas públicas, encontra-se ainda e sempre vinculada ao princípio da juridicidade – entendido com a obrigatória obediência não só à lei formal, mas ao conjunto de vinculações e limitações decorrentes do Direito – por inerência do princípio do Estado de Direito”. Rui Tavares Lanceiro, A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia vol I Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2010 p 1151.

fosse possível impugnar actos da administração, praticados ao abrigo da discricionariedade.

Se o poder discricionário não pode ser controlado pelos tribunais sob pena de violação do princípio da separação de poderes, como entender que àquele esteja sujeito a limites como; a competência objectiva ou material, a competência subjectiva ou orgânica, as normas de conteúdo, os motivos antecedentes, podendo ser acrescidos na equação os seguintes princípios; da justiça, da imparcialidade, da proporcionalidade, da autovinculação. Da violação destes limites irão naturalmente resultar vícios a serem declarados pelos tribunais, como por exemplo o desvio de poder. Neste sentido parece justa a preocupação em reforçar as garantias dos cidadãos face ao uso de poderes discricionários, por via da tipificação dos vícios do acto vinculado, conceptualização do desvio do poder, teorização dos limites do poder discricionário, introdução de garantias judiciais de fiscalização.²¹⁰

É nestes termos que deve ser entendida, a fiscalização que os tribunais podem e devem exercer sob por exemplo, a omissão da discricionariedade pela administração, ou ainda sobre o seu excesso, no segundo caso o tribunal deverá fixar-se em aspectos

²¹⁰ Adélio Pereira André, *Vinculação da Administração e protecção dos Administrados*, Coimbra editora 1989 p 114. Renato Alessi, apresenta como limites à discricionariedade os seguintes; os limites formais têm a ver com prescrições relativas à forma e a formalidades da actividade discricionária, bem como a competência e os limites substanciais, consistem na indicação de grau mínimo de interesse público, cuja concreção explica o poder discricionário do acto conferido à Administração. Apud Regina Costa, *Conceitos jurídicos e discricionariedade*, Justiça, São Paulo Janeiro/Março, 1999 p 41. Outros limites que podem ser controlados pelos tribunais;” princípios do direito constitucional, especialmente os direitos fundamentais, o princípio do Estado do Direito, o princípio do Estado Social, princípio do tratamento igualitário e da proibição do arbítrio, as directivas e as orientações internas da Administração adoptadas para a concretização da norma ou para a orientação do exercício da discricionariedade, princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso, princípio da justiça do sistema, princípio da prioridade, princípio do respeito por valoração de reconhecimento geral, princípio de critério de justiça elementar, princípio de que a discricionariedade não pode ser um meio para contornar normas legais vinculantes, o princípio da boa-fé, princípio de um venire contra factum proprium, a proibição de acopulação, o princípio da suportabilidade, princípio da protecção das legítimas expectativas, o princípio de igualdade de oportunidades, princípio da não simplificação das operações, princípio do respeito pelas regras do jogo, o fair play nos exames, princípio do *due process*.” António de Sousa, *O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose*, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, o Debate Universitário, Edição do Ministério da Justiça, vol I, Lisboa 2000 p 408-411.

como direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade, para declarar ou não o excesso praticado pela administração ao usar os poderes discricionários²¹¹.

A regra do precedente constitui um dos mecanismos que o tribunal se apegua para aferir a bondade ou não do uso de poderes discricionários, na medida em que se a administração no uso de tais poderes tomou uma decisão com um determinado sentido, não pode - sob pena de violação do princípio da legalidade a ter em conta pelo tribunal na sua tarefa de controlo dos poderes discricionários-, agora enveredar por um caminho diferente, numa situação semelhante a anterior. Tal comportamento deve ser devidamente sancionado pelos tribunais porquanto revela incoerência e deve ser controlado e corrigido. Portanto, fica quase sem efeito a ideia segundo a qual, devem ser os órgãos administrativos a autocontrolarem-se, pois esta faculdade nem sempre é exercida de modo mais justo e eficiente daí que se deva sempre garantir o acesso aos tribunais como mecanismo que melhor realiza as pretensões dos cidadãos neste domínio.

Em função dos limites apontados, e dos vícios decorrentes da violação dos limites ao uso de poderes discricionários, é possível vislumbrar três grandes teorias que permitem entender a morfologia da judicialização da actividade discricionária da Administração Pública;

- a) Teoria do desvio do poder: defende a declaração de invalidade de um acto que se desvie da sua finalidade²¹²;
- b) Teoria dos motivos determinantes; exige-se uma correspondência entre os motivos que determinam e que são efectivamente apresentados como

²¹¹ António de Sousa, O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose, *in* Reforma do Contencioso Administrativo, o Debate Universitário, Edição do Ministério da Justiça, vol I, Lisboa 2000 p 407.

²¹² “O exercício de poderes discricionários concedidos à Administração é susceptível de fiscalização, mas (ao contrário dos momentos vinculados) não de reexame pelo juiz: além do desvio de poder (utilização da competência para fim diverso do fim legal) e do erro de facto (erro relativo às circunstâncias relevantes para a decisão), consideram-se ainda controláveis, a partir da fundamentação obrigatoriamente apresentada pelo órgão decisor: o erro manifesto de apreciação (erro de avaliação que não deixe quaisquer dúvidas ao juiz) e, em geral, a compatibilidade da —vontade ou do —juízo decisórios com os princípios jurídicos constitucionais que regem a actividade administrativa”. José Carlos Vieira de Andrade, Lições de Direito Administrativo, ob cit... p 14.

geradores da prática do acto, e as razões de facto que igualmente estão na base de tal acto;

- c) Teoria dos princípios; apregoa a ideia segundo a qual, a validade dos actos administrativos não depende exclusivamente da sua obediência à lei, mas sim de um leque de referências normativas ou não, esta teoria em parte concretiza o princípio da juridicidade.²¹³

De tal sorte que o juiz quando aprecia a validade dos actos administrativos discricionários, não invade o “miolo” da função administrativa, não põe em causa a reserva da administração, porquanto àquele se restringe a verificar se os limites acima referidos foram cumpridos, não havendo por conseguinte motivos para se falar em violação do princípio da separação de poderes²¹⁴. A margem de liberdade conferida à administração, encontra-se em primeira instância vinculada à constituição, por influência directa do princípio da juridicidade, só assim se pode compreender que não existem actividades estaduais cujo controlo que esteja fora do raio de acção dos tribunais, na medida em que a própria constituição determina o controlo judicial de todos actos dos poderes públicos. Assim, não se pode compreender a existência de um poder discricionário que não esteja vinculado a princípios, uma resposta afirmativa a esta reflexão, poderia conduzir-nos a arbitrariedade e não discricionariedade.²¹⁵

Ademais, com o princípio da juridicidade não se pode conceber a existência de actos que estejam absolutamente livres de qualquer controlo. Por força da vinculação aos princípios pode-se concluir que os actos discricionários comparativamente aos vinculados, comportam uma margem maior de liberdade.²¹⁶

De certa forma, quando se discute a questão da proibição da apreciação judicial dos actos discricionários pelos tribunais com fundamento na violação da separação de poderes, é preciso asseverar que por trás da ideia que permite a fiscalização estão outros princípios como por exemplo o da juridicidade o do Estado de direito, da constitucionalidade e do respeito pela função judicial, todos eles com assento

²¹³ Rafael Carvalho Resendo, Const...ob cit.. p 81.

²¹⁴ Rafael Carvalho Rezende, Constit... ob cit... p 83.

²¹⁵ Juarez Freitas, Os actos Administrativos e a discricionariedade vinculada aos princípios. *In* Estudos de Direito Administrativo, Malheiros, 1995 p 140.

²¹⁶ Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, Constitucionalização...ob cit... p 78.

constitucional, de tal sorte que neste caso, porque encontramos mais princípios a favor da ideia de fiscalização, fica perfeitamente justificada a sindicância dos actos discricionários pelos tribunais.

O princípio da razoabilidade²¹⁷ aparece como padrão de aferição da bondade de uma decisão proferida ao abrigo de um poder discricionário, portanto qualquer decisão

²¹⁷ “O estado actual do controle da discricionariedade na França é dado pela decisão do Conselho de Estado no Arrêt Institut Technique de Dunkerque (1980), resumido na seguinte fórmula: “Se a autoridade administrativa competente exerce, em relação à oportunidade, suas atribuições ao dispor de seu poder discricionário, a decisão que ela proferir não deve repousar sobre factos materialmente inexatos, sobre um erro de direito, sobre um erro manifesto de apreciação ou estar viciada de desvio de poder”. A prática jurisprudencial levou a doutrina francesa a reconhecer dois tipos de controle: normal (ou máximo), e restrito (ou mínimo), dependendo da extensão da análise da qualificação jurídica dos fatos, que no sistema francês engloba o controle da proporcionalidade referente à adequação da decisão aos motivos do acto, como preleciona André de Laubadère. No primeiro, exige-se que “a decisão deve estar em relação exacta com os fatos, cuja natureza deve, com exactidão, estar apta à justificá-la juridicamente. No caso do controle restrito, basta que não haja uma desproporção manifesta. O importante é que a liberdade de apreciação da administração subsiste, mas ela deve usá-la de forma razoável”. Como se nota, em momento algum retira-se da Administração o dever do agir razoável, proporcional, mesmo que sindicável no limite mínimo dessa prescrição em certas decisões administrativas. Assim, aplica-se o controle do erro manifesto de apreciação quanto às apreciações das Comissões de Exames e de Concursos em suas diversas fases acerca do valor dos candidatos, por razões técnicas; às decisões governamentais relativas à disposição e organização do território, por razões de ordem política; às deliberações acerca dos modos de gestão de certo serviço público; e, dentre outras, às decisões de criação, extinção ou modificação de cargos no funcionalismo. Todavia, impõe-se cada vez mais o controle pleno de proporcionalidade, implantado definitivamente pela aplicação da “théorie du bilan coût-avantages” em matéria de desapropriação de imóveis para fins de utilidade pública. Como afirmou o Conselho de Estado, no Arrêt Ville Nouvelle Est (1971), “uma operação não pode ser legalmente declarada de utilidade pública senão na medida em que a afronta à propriedade privada, o custo financeiro e, eventualmente, os inconvenientes de ordem social (ou afronta a outros interesses públicos) que ela comporta não sejam excessivos em função do interesse que ela apresenta”. Afastando-se da moderação do controle judicial da discricionariedade francês, a doutrina e a jurisprudência alemãs sempre se destacaram pela intensidade e extensão das técnicas por elas adoptadas para assegurar o perfeito enquadramento da Administração nos limites prescritos pelo Estado de Direito, a exemplo da não-aceitação dos conceitos jurídicos indeterminados como fundamento normativo da discricção. Fritz Fleiner, na década de 30, já assinalava que “... a polícia é um sector determinante da actividade da Administração pública, a saber, a actividade de autoridade ... que impõe coativamente, à liberdade natural da pessoa e à propriedade do cidadão, as restrições necessárias para a manutenção do Direito, da segurança e da ordem pública”, sendo que “a limitação da liberdade individual não deve exceder jamais a medida absolutamente necessária”, haja vista que “a intervenção administrativa deve ser proporcional às circunstâncias (...)” (grifos nossos). Na Alemanha, “o princípio da proporcionalidade - que constitui um ‘princípio geral do direito administrativo’ ... - há bastante tempo é reconhecido e consequentemente ratificado como direito costumeiro, mas ele resulta sobretudo da Lei Fundamental, a saber dos diversos direitos fundamentais, ... e do princípio do Estado de Direito (...)”. Somente no quadro do Estado de Direito, em cujo seio a ordem jurídica, por um lado, assegura direitos fundamentais aos cidadãos, e, por outro, delimita rigorosamente o exercício das funções estatais, justifica-se a exigência de que a actuação administrativa discricionária é legítima quando se revelar necessária, adequada e proporcional à realização da actividade, cuja tutela é imposta pelo Direito. Daí porque não há “poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário exercido em conformidade com os deveres da função. Mesmo para a corrente doutrinária alemã que não aceita técnicas amplas de sindicabilidade judicial por afectar substantivamente a decisão administrativa, pelo que o controle deve ter carácter negativo (averiguação de que apenas não há exercício errôneo, desviado ou abusivo da competência), para se evitar sua desvirtuação e conseqüente descrédito,

reconhece que o poder discricionário deve ater-se nos limites legais, não podendo vulnerar algum direito fundamental. Nesse sentido, a impossibilidade de afirmar positivamente o descompasso entre os meios e os fins da actuação administrativa discricionária é compensada pela “necessidade de controlar, de forma intensa, o cumprimento das garantias do procedimento administrativo, e, em cada caso, a adequação e qualificação do órgão que adotou a decisão. No Direito Inglês, Dois precedentes da High Court marcam a aceitação jurisprudencial da razoabilidade como parâmetro de validade dos actos da Administração: Westminster case (1905), em cuja decisão se estabeleceu que “uma entidade pública investida de poderes legais ... deve ter o cuidado de não exceder ou abusar de seus poderes. Deve manter-se dentro dos limites da autoridade que lhe tenha sido conferida. Deve actuar de boa fé. E deve actuar razoavelmente”; e Wednesbury case (1948), em cuja solução ficou assentado que há ausência de razoabilidade quando a Administração realiza uma actuação “tão absurda que nenhuma pessoa sensata poderia alguma vez sonhar que se mantém dentro dos poderes da autoridade”. Assim, afirmou a High Court, no famoso Metropolitan Borough of Timeside case: “duas pessoas sensatas podem, razoavelmente, chagar a conclusões opostas”, havendo “irrazoabilidade quando a decisão é tão errônea que nenhuma pessoa sensata poderia sustentá-la”. Como salienta Peter Cane, “não há dúvida de que as courts em teoria reconhecem a ausência de razoabilidade como um meio disponível de judicial review, mas seu papel na prática é de difícil compreensão”, porquanto é visto como essencialmente um julgamento de valor, subjectivo, adoptado casuisticamente pelos juizes, receosos de interferir no mérito das decisões comprometendo sua independência. No sistema da common law, será nos Estados Unidos que o princípio da razoabilidade receberá tratamento diferenciado pela concretização jurisprudencial do due process of law, cuja origem remonta à cláusula 39 da Magna Carta Inglesa, que protegia a vida, a liberdade e propriedade individual, passíveis de serem molestadas pelo Rei senão na forma da law of the land. Incorporado definitivamente ao direito americano através de Emendas Constitucionais (V, XIII, XIV e XV), foi, inicialmente, aplicado sob a perspectiva processual, no campo penal, sendo transplantado, posteriormente, para o campo civil, até erigir-se em garantia inafastável nos procedimentos administrativos, tornando-se um dos alicerces do direito processual em geral. Em um primeiro momento, seu conteúdo restringe-se a exigir regularidade formal ou adjectiva nos processos públicos, incluindo o direito de contraditório e ampla defesa que o cidadão pode opor contra os actos estatais. Todavia, o princípio não se limitou ao procedural due process, mas “por meio de construção jurisprudencial bastante rica e criativa e baseando-se em critérios de razoabilidade e racionalidade, passou a promover a proteção substantiva dos direitos fundamentais nas leis e actos estatais em geral contra a ação irrazoável e arbitrária do Poder Público” (substantive due process). Com esta extensão, o devido processo legal aplica-se, integralmente, a actividade administrativa das agencies (órgãos especializados na gestão administrativa que, mediante leis específicas, são criados e dotados de funções e amplos poderes, inclusive regulamentares), regida pelo Administrative Procedure Act (1946), cuja Secção 706, tratando do âmbito da judicial review, possibilita aos tribunais rever a decisão administrativa julgada “arbitrária, caprichosa, um abuso da discricção, ou de qualquer outra forma, em discordância com o direito”. As decisões concretas (adjudications) e normativas (rulemaking) das agências, quer as executivas quer as independentes, passam pelo test of reasonableness, cujos parâmetros ou critérios de aplicação variam em razão do caso e do tribunal, como ocorre no direito inglês. Assim, no Citizens to preserve Overton Park Inc. v. Volpe case (1971), a Suprema Corte Americana assentou que “a agência não só deve dar audiência a todos os interessados, reconhecer com detalhes as informações técnicas que avalizam a decisão e motivar sua resposta aos comentários e observações dos sujeitos participantes, bem como a solução deve revelar que levou em consideração adequada tanto as características de facto relevantes como os interesses representados” nos procedimentos de sua competência. A razoabilidade da decisão administrativa é auferida pela conformação de seu conteúdo ao longo da observância dos requisitos procedimentais atinentes ao uso da competência discricionária. Isto porque a judicial review, em relação à determinação dos factos (fact finding), reconhece a capacidade científica e técnica das agências (judicial deference): “o juiz não é especialista na matéria, nem integra qualquer órgão político do Governo; a Agência merece ‘deferência’ quando realiza a aplicação à realidade social de conceitos sobre cuja significação não se pode estabelecer a clara intenção de legislador e o único critério de medida que pode ser aplicado à actuação administrativa é o da sua razoabilidade (apreciada em relação à sua experiência), sem que seja possível ao Juiz, neste contexto, invalidar, nem substituir por uma própria, a decisão da agência”. José Roberto Pimenta Oliveira, discricionariedade e razoabilidade, Revista electrónica da Faculdade de Direito da PUC-SP, P 14 ss.

tomada ao abrigo daquele poder, sob pena de violar o princípio da juridicidade, deve afigurar-se razoável, e proporcional. Dentre as várias alternativas, a administração deve optar por aquela que encontra maior fundamento, ou argumentos plausíveis, facilmente perceptíveis e demonstráveis no seu alinhamento com a realidade, deve optar por aquela que se afigura menos dispendiosa para o estado e para as partes (exige menos sacrifícios), a ideia da razoabilidade devidamente temperada pelo princípio da proporcionalidade. Neste sentido, de nada valerão os argumentos de reserva da administração para impedir que o juiz faça o seu trabalho, o “miolo” da actividade administrativa não está a salvo de avaliações, tendendo a verificar a razoabilidade da actuação ao abrigo de tal reserva.

Por outro lado, e porque acima apresentamos as fases porque deve passar o processo decisório discricionário, fica assim facilitada a tarefa do julgador que apenas e ao controlar a prática de actos discricionários terá de verificar se a decisão obedece o procedimento e todos os seus princípios, exigindo conformidade ao princípio da juridicidade, havendo no caso uma “legalidade procedimental discricionária”.

Igualmente, o controlo judicial do procedimento administrativo, deverá incidir sobre a fiscalização das fases a que este está sujeito, bem como os princípios que irão influenciar a tomada da decisão discricionária, obrigando a administração a indirectamente controlar o uso dos poderes discricionários.

No domínio dos direitos fundamentais de liberdade temos verificado, uma tendência jurisprudencial pelo menos ao nível do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que proíbe a utilização de conceitos indeterminados que propiciem a discricionariedade, a quando da criação de leis que restrinjam os direitos de liberdade, neste sentido, as leis devem ser ao máximo claras e precisas. Temos como exemplo os casos Valenzuela de 1998 e Prado Bugallo de 2003. O mesmo não acontece com os direitos económicos sociais e culturais porquanto a sua concretização em parte deve-se à actuação da administração pública, embora em relação a estes continue a valer a cláusula da determinação ao máximo do conteúdo das normas que os restringem.²¹⁸

²¹⁸ Tomas Ramón Fernández Rodríguez, Sobre... ob cit... p 155 ss

O controlo da discricionariedade deve em primeira linha incidir sobre a norma²¹⁹ consagradora de tal poder, ora as normas são objecto de controlo por parte dos tribunais, neste sentido podem ser declaradas inconstitucionais por exemplo, se violarem ditames constitucionais, o próprio acto administrativo discricionário por força da sua ligação directa com a constituição²²⁰ pode ser declarado inconstitucional. Nestes termos, a norma começa por ser o primeiro elemento para judicialmente se aferir da bondade ou não do poder discricionário.

Deverá ser assim porque, se o exercício de poderes discricionários visa realizar em parte os desígnios da lei, então o controlo que se faz àqueles poderes, baseia-se na ideia de fiscalização da concretização da lei e do próprio direito, que no entanto será objecto da decisão a ser proferida pelo tribunal.²²¹

Por outro lado, a decisão discricionária pode igualmente ser controlada por via da fundamentação apresentada pela administração, para a prática de tal acto e seus contornos, sendo que o tribunal controlará em função dos argumentos aduzidos se a

²¹⁹ “Pero no podemos dejarles solos en ese empeño porque, por muy comprometidos y muy sacrificados que puedan ser, está más allá de sus posibilidades ejercer un control socialmente eficaz del poder discrecional si este no se reduce en origen, esto es, en la propia ley que lo otorga, a lo que resulte imprescindible para asegurar la consecución de los objetivos en cada caso perseguidos, si el legislador se desentiende totalmente de su aplicación so pretexto de que esto no es cosa suya, si no establece con la claridad debida las pautas y criterios a los que las autoridades administrativas habrán de atenerse en su ejercicio para que su actuación no pueda tacharse de arbitrariedad. Es el legislador, no los jueces, quien puede —y debe— reducir el poder discrecional, porque a los jueces no les es dado otra cosa que controlar si el poder concedido por la ley ha sido correctamente ejercido, esto es, si lo ha sido dentro de los límites establecidos por aquella y si la decisión adoptada ha sido debidamente justificada. Y es al Tribunal Constitucional, en fin, al que corresponde asegurar si el legislador respeta los límites que la Constitución establece con el fin de asegurar que los derechos que esta reconoce a los ciudadanos no quedan a expensas de los poderes discrecionales con los que la ley dota a los gobernantes. Decirlo así, con toda claridad, exigirlo incluso a unos y otros sin desmayo, es el papel que en la lucha por el Derecho nos corresponde a los juristas que no tenemos poder. En eso he creído siempre y en eso sigo creyendo. Esa profunda convicción es, sin duda, lo único realmente valioso que puedo transmitirles al final de mi carrera académica”. Tomas Ramón Fernández Rodríguez, *Sobre...* ob cit... p 169-170.

²²⁰ “A juridicidade administrativa poderá portanto (i) decorrer directamente da norma constitucional, (ii) assumir uma feição de vinculação estrita à lei (formal ou material); (iii) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou sectorial)”, Gustavo Binenbojm, *O sentido da vinculação Administrativa à juridicidade no Direito brasileiro*, in Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto, *Direito Administrativo seus novos paradigmas* Belo Horizonte Fórum 2008 p 162.

²²¹ António de Sousa, *O controlo jurisdiccional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose*, in *Reforma do Contencioso Administrativo*, o Debate Universitário, Edição do Ministério da Justiça, vol I, Lisboa 2000 p 405.

opção seguida foi a melhor e se o poder discricionário foi utilizado nos termos estabelecidos e orientados pelo princípio da juridicidade.

A juridicidade gera também uma exigência de conformidade de qualquer acto jurídico-público, com o princípio da dignidade da pessoa humana²²², de tal sorte que se pode considerar que a administração é uma guardiã intermédia da realização do Direito²²³. Neste caso, se o acto discricionário²²⁴ se mostrar incompatível com o princípio acima referido, pode ser declarado inválido, não colhendo neste e noutros casos o argumento segundo o qual os actos discricionários são “incontroláveis”. Se não for assim podemos legitimamente questionar-nos, ficará a violação de tão importante princípio, sem qualquer tratamento ou fiscalização? este princípio cederá face as exigências injustificadas do princípio da separação de poderes? A resposta parece ser clara.

A administração terá de ponderar relativamente a escolha a fazer dentre os vários cenários postos a sua disposição (a ponderação poderá funcionar como auxílio na escolha da melhor forma de concretizar os poderes discricionários), por sua vez o tribunal ao controlar a decisão discricionária terá igualmente de ponderar na medida em que o uso deste poder esta vinculado à princípios, assim, para decidir o juiz terá antes de avaliar o peso e importância dos princípios em jogo, os que estão a favor da decisão e os que estão a seu desfavor.

Por exemplo, ao nível do controlo jurisdicional da actividade de planificação da Administração²²⁵, a jurisprudência alemã, desenvolveu um sistema de controlo da discricionariedade, que assenta fundamentalmente na técnica de ponderação. Esta

²²² “Qualquer que seja a finalidade prosseguida pela Administração, qualquer que seja a forma de actuação, e qualquer que seja a realidade social sob que recaia, há que respeitar como algo sagrado e inviolável, a dignidade da pessoa humana”. Paulo Otero, Poder... ob cit... vol II p 558.

²²³ Paulo Otero, Poder ob cit...vol II, p 555.

²²⁴ “No direito anglo-saxónico todo acto da administração deve estar habilitado por uma lei parlamentar sempre que restringe sempre que imponha direitos (rule of law no sentido estrito), exigência que se estende, também ao exercício do poder discricionário. O respeito pelo “rule of law” é objecto de controlo jurisdicional. Com efeito, quando a administração actua em excesso de poder, tal actuação é considerada “ultra vires” ou “outsider jurisdiction” e deve ser anulada, declarada nula e sem nenhum efeito pelos tribunais. A qualificação de “ultra vires”, que equivale à exigência de fundamento legal (legalidade no sentido positivo) é aplicada tanto aos actos normativos como aos actos individuais”. Lourenço Vilhena de Freitas, Os Contratos de Direito Público da União Europeia, no quadro do Direito Administrativo Europeu, vol II, Coimbra editora 2012 p 68-69.

²²⁵ Sobre os contornos da ponderação na actividade de planificação da Administração dentre outros veja Fernanda Paula Oliveira, A Discricionariedade... ob cit... p 151 ss.

averiguação é exercida em duas fases, num primeiro momento fiscaliza-se a interpretação e aplicação feitas dos conceitos indeterminados, se os conceitos indeterminados foram usados da melhor maneira, na segunda fase, serão controlados essencialmente elementos externos, a valoração e ponderação de variáveis, de aspectos como, as finanças, programas a implementar etc. Em suma, numa primeira fase procura-se saber se foi feita ou não uma ponderação e num segundo momento, pretende-se indagar se a ponderação atendeu a todos os interesses relevantes.²²⁶

O princípio da tutela jurisdicional efectiva não deixa margens de manobra, pois obriga que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam alvo de protecção judicial contra todos os actos praticados pelos poderes públicos, independentemente da natureza de tais decisões, esta é melhor interpretação do princípio, pelo menos nesta perspectiva.

A ponderação permite que por referência aos princípios gerais do Direito, o juiz possa avaliar a decisão administrativa assumindo-se esta como prolongamento da ponderação antes afectuada pela administração. Assim, por via da ponderação, pode-se garantir a adequada aplicação do Direito, assente nos seus princípios gerais, que inapelavelmente estão ao serviço de valores que nem sempre a lei garante²²⁷.

O recurso aos princípios gerais do Direito, propiciado pelo princípio da juridicidade apresenta-se, como mecanismo de efectivação da fiscalização das decisões administrativas tomadas ao abrigo de poderes discricionários. Este mecanismo permite que se fale em parametrização do uso de poderes discricionários, na perspectiva da racionalidade que se vai buscar em cada decisão objecto de apreciação judicial²²⁸.

Já afirmamos em outra altura, que a utilização da discricionariedade pela administração, encontra-se amplamente vinculada a princípios, de tal modo que a sua violação pelo acto em causa motiva desde logo, uma declaração judicial de invalidade.

²²⁶ António de Sousa, O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose, *in* Reforma do Contencioso Administrativo, o Debate Universitário, Edição do Ministério da Justiça, vol I, Lisboa 2000 p 413.

²²⁷ Luiz Cabral de Moncada, Autoridade... ob cit...p 658-661.

²²⁸ Luiz Cabral de Moncada, Autoridade...ob cit... p 664-666.

A legitimidade²²⁹ vincula todos os tipos de actos administrativos, neste sentido, mesmo que o acto tenha sido praticado ao abrigo de um poder discricionário, impõe-se a sua conformidade a um conjunto de princípios, podendo retirar desta compatibilização a sua aceitação²³⁰.

Portanto, a eficiência e eficácia funcionam como padrões de controlo transversais a toda actuação e organização administrativas, aplicando-se inclusive nas relações que

²²⁹ Neste sentido, Emerson Gabardo, Princípio constitucional da eficiência administrativa, Dialéctica São Paulo, 2002 p 132.

²³⁰ “A doutrina, com destaque a Mello e Di Pietro, também vem mudando seu posicionamento, abandonando o entendimento de que os actos discricionários são inapreciáveis pela via judicial. Esse novo pensamento doutrinário entende que Poder Judiciário deve zelar pelos ditames da legalidade em sentido amplo, podendo anular os actos administrativos desde que sejam estes dotados de ilegalidade ou abuso de poder, ou, até mesmo, proferir uma decisão mandamental, embora em hipóteses excepcionais, dependendo do caso concreto. Isso porque o magistrado possui o papel de promover a Justiça, o que significa verificar a conformidade da discricionariedade com a lei e também com os princípios jurídicos. Nesse mesmo sentido, já se manifestou Krell: Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer acto administrativo, inclusive o acto discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é susceptível de um controle judicial mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na actual fase “pós-positivista”, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os actos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Com efeito, a intervenção jurisdicional passou a envolver o exame dos motivos, da finalidade e da causa do acto, a fim de se verificar se os meios são aptos — adequados — para se atingir aos fins propostos e assegurados constitucionalmente. Tal intervenção, a seu turno, permite a análise de mérito do acto administrativo, desde que este seja analisado sob o seu aspecto jurídico. Nesse sentido, assim explica Assunção: Para a perquirição da motivação, da causa e mesmo da finalidade do acto administrativo atacado em juízo, o magistrado precisa adentrar no seu mérito. Isso não significa afirmar que o Poder Judiciário usurpará da Administração Pública a análise sobre a conveniência e oportunidade da medida. Não. Mas essa conveniência e oportunidade devem se sujeitar à legalidade (em sentido amplo), competindo ao Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, verificar in concreto essa sujeição. Nesse trâmite, o juízo deverá conjugar a análise do acto no caso concreto com os princípios constitucionais, com destaque a razoabilidade e a proporcionalidade, de modo a enfrentar situações que, não obstante aparentem guardar respaldo com a legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, segundo Meirelles, deverão ser observados para se averiguar se houve pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e conveniência. Para o mesmo autor, o objectivo é a “proibição do excesso”, vez que visa verificar se houve compatibilidade entre os meios e os fins, a fim de que se evitem restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública. A intervenção do Judiciário nos motivos consiste no reexame dos pressupostos fáticos e análise das provas, com a finalidade de verificar se o agente administrativo agiu nos limites da discricionariedade, ou seja, se os motivos indicados para a prática do acto são mesmo verdadeiros — teoria dos motivos determinantes, já mencionada anteriormente. O exame da finalidade realizado pela via judicial consiste em verificar se a administração utilizou seu poder discricionário para realmente atingir a finalidade legal. Caso o agente aja em descompasso com tal finalidade, seja nas hipóteses em que for movido por interesses pessoais, ou nas hipóteses em que, embora perssiga um fim de interesse público, este seja estranho à categoria de interesses comportados em sua competência, pode-se dizer que houve desvio de poder. A intervenção para análise da causa consiste em verificar se a relação entre o motivo (pressuposto de facto) e o conteúdo está de acordo com a finalidade prevista em lei, ou seja, se guarda “nexo lógico de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, em direito, cumpre a atender”. Carolline Leal Ribas e Gustavo Almeida Paolinelli de Castro, O controle judicial dos actos administrativos discricionários, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 268,, jan./abr. 2015, p 108-111.

a administração mantém com os particulares.²³¹ Como resultado, os cidadãos nas suas relações procedimentais com a administração estão protegidos por um conjunto de garantias contra os actos administrativos que contrariem estes princípios, e outros, donde se destacam; o dever de fundamentação das decisões, o direito de acesso aos documentos administrativos, o direito de audiência prévia.²³² Deste modo, o mérito da actividade administrativa, será avaliado em função da sua compatibilidade com o princípio da eficiência, particularmente quando se olham para os meios escolhidos para a tomada de uma decisão, tendo sempre em referência o interesse Público. Deste modo o princípio em causa não se atém apenas a critérios jurídicos, mas estende-se para o domínio económico em que procura sempre avaliar a bondade da escolha efectuada ao abrigo da discricionariedade em função do binómio custo/benefício.²³³

A actuação da administração em obediência a qualquer tipo de princípios deverá ter sempre em linha de conta o postulado pela eficiência e eficácia, de tal sorte que alguma doutrina considera que estes devem ser encarados como valores absolutos e que se impõem aos princípios da actuação administrativa, com excepção do princípio da prossecução do interesse público, sua principal referência, no que ao estabelecimento do seu conteúdo se diz respeito.²³⁴

A prática de actos administrativos em obediência aos princípios da eficiência e da eficácia exige que se confira aos agentes administrativos uma margem de actuação, de modo que eles os possam realizar da melhor maneira possível, mas dentro dos padrões legalmente exigidos.²³⁵

A eficiência²³⁶ é dos princípios que incondicionalmente deve ser levado em conta a quando da prática de qualquer acto administrativo, inclusivamente os que forem praticados sob égide da discricionariedade, assim pode-se afirmar que um acto ineficiente não atinge de forma alguma a finalidade legalmente estabelecida, havendo

²³¹ Juliana Ferraz Coutinho, O Público e o Privado na Organização Administrativa, da relevância do sujeito à especialidade da função, Almedina 2017 p 135.

²³² Juliana Ferraz Coutinho, O Público...ob cit...p 134.

²³³ Juliana Ferraz Coutinho, O Público... ob cit...p 138.

²³⁴ Juliana Ferraz Coutinho, O Público...ob cit...p 139.

²³⁵ Juliana Ferraz Coutinho, O Público...ob cit...p 136.

²³⁶ Sobre o Princípio da Eficiência Administrativa e todas suas implicações, dentre outros, Emerson Gabardo, Princípio...ob cit...p 100 ss.

neste caso dois motivos para a impugnação do acto discricionário, pela violação do princípio da eficiência e por violação do princípio da finalidade. De tal modo que não se admite modernamente a ideia da insindicabilidade dos actos discricionários pelos tribunais. É preciso controlar se o espaço deixado pelo legislador à administração propositadamente ou não, está a ser preenchido devidamente, na medida em que a concessão de poder à administração para concretizar normas, segue uma lógica e finalidade específica muitas das vezes dominada pela sua incapacidade, como resultado este transfere o poder para outra entidade que em função das circunstâncias, está em melhor condição de materializar a norma em questão, pelo que terá de haver uma prestação de contas da administração para o legislador, em função da avaliação feita pelo exterior no caso pelos tribunais, excluída que está a possibilidade de ser a própria administração a auto-avaliar-se, pelo menos de se ter em conta unicamente esta auto-avaliação para àqueles efeitos.

3.3.1. Negação ao controlo do poder judiciário. O Activismo Judiciário.

Um dos aspectos muito discutidos quando se aborda a questão do controlo da discricionariedade efectuado pelos juízes, prende-se com o suposto activismo judicial. Nesta fase da monografia cumpre fazer uma breve incursão ao fenómeno, para vermos se efectivamente ele é prejudicial ao Estado de direito e ao princípio da separação de poderes. Por outro lado e ao ser verdade que o controlo dos poderes públicos pelos tribunais extrapola os limites legalmente estabelecidos (activismo), como se deve lidar com este fenómeno.

Está provado que este fenómeno começou por ser discutido nos EUA²³⁷, (o debate acerca do “activismo judicial” ou do governo de juízes”) entretanto, por força da

²³⁷ “O movimento norte-americano dos “estudos críticos do Direito” Critical legal studies (CLS) – surge nos finais dos anos 60, na Universidade de Havard. Critica da ideia instituída de que o Direito é alheio à política e que os juristas mas não são do que meros fiéis aplicadores de decisão correcta – a decisão que seria correcta de per se, a solução neutral, que não implicaria uma escolha ideológica por parte do jurista. Morrison identifica como alvo dos movimentos CLS; (i) A presunção da neutralidade do Direito – para o movimento CLS esta separação entre o Direito e a política é teórica, não verdadeira e ilusória; (ii) a presunção de que o raciocínio jurídico é uma matéria não problemática – o movimento CLS critica a ideia

sua relevância para o exercício da actividade judicial, se estendeu um pouco por todo mundo, “e até os auto-contidos²³⁸ tribunais constitucionais alemão e português já fizeram a sua incursão em terrenos legislativos.”²³⁹

“A ideia de activismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de actuação dos outros dois Poderes. A postura activista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação directa da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de actos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”²⁴⁰

Têm sido apresentadas várias justificações para o fenómeno em análise, de qualquer forma, é ponto assente que os juízes já não são os mesmos e no seu quotidiano tomam decisões que dão azo a ideias revolucionárias anunciadoras de num novo

de que pode haver uma análise jurídica politicamente neutra; (iii) A presunção de que o Direito tem significados fixos que não podem ser alterados ou desafiados e que a sua validade e significado são determinados por métodos objectivos e inquestionáveis. As suas críticas e reivindicações – relativas à relação entre política e Direito e à indeterminabilidade e incoerência da ordem jurídica, entre outras matérias – foram verdadeiras pedradas no charco, que, em muitas circunstâncias, valeram a este grupo epíteto de *bête noir*. Com efeito, o movimento CLS questiona a própria trave mestra do Direito ocidental; a *rule of law*, que exige que os juízes decidam todos os casos de acordo com o que a lei determina, e não segundo a sua própria ideia daquela que é a melhor política pública. Do ponto de vista deste movimento, as decisões jurídicas são adoptadas de acordo com uma abordagem moral e política do caso simplesmente não existe método jurídico distinto para resolver um litígio. Mas, mais do que isso, as decisões jurídicas são e devem ser decisões políticas e ideologicamente comprometidas (seja no processo legislativo, seja no processo das próprias decisões judiciais.) para o movimento CLS, os juristas devem ser actores empenhados na defesa da solução ideológica que consideram mais justa”. Helena Gaspar Martinho, Indeterminação do Direito e activismo judicial, in teoria da argumentação e neo – constitucionalismo, Almedina 2011, p 58-59.

²³⁸ “O oposto do activismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas acções dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar directamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e actos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas”. Luís Roberto Barroso Judicialização, activismo judicial e legitimidade democrática, p 7 <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>

²³⁹ Maria Benedita Urbano, Criação judicial e activismo judicial: as duas faces de uma mesma função? Tribunal Constitucional 35º aniversário da Constituição de 1975, Coimbra editora 2012, p10.

²⁴⁰ Luís Roberto Barroso ob cit... p 6.

figurino para a profissão, contrariando o juiz “clássico” que estava única e exclusivamente vinculado à lei, portanto seu porta-voz privilegiado.

No entanto, importa referir que em parte este novo figurino para a profissão, resulta essencialmente das novas tendências vividas pela sociedade e que naturalmente são incorporadas na constituição, que enquanto padrão de actuação de qualquer juiz, exigem dele, novas fórmulas e soluções para que a finalidade intrínseca à sua função seja devidamente realizada.

Como temos estado a referir, as exigências resultantes do princípio da juridicidade ao invés da simples legalidade, postulam outras directrizes e outras tendências para os juízes, e é claro que estes caminhos nem sempre são percebidos, dada sua “novidade”. Fundamentalmente porque mexem com os alicerces do direito clássico, de tal sorte que as justificações para reagir diante das novidades sejam por exemplo a do activismo. Sempre que um juiz toma uma decisão que não encontra reflexo directo na lei, em seguida surgem os detractores para levantar os “fantasmas” da separação de poderes e do Estado de direito, como sendo flagelados por tal conduta.

É o que acontece quando o juiz controla o exercício de poderes discricionários da Administração Pública, pelo menos na perspectiva daqueles que defendem o pensamento acima referido.

Duncan Kennedy dedicou várias das suas investigações à análise do trabalho de interpretação e de aplicação do Direito pelos juízes e à importância da ideologia no desempenho desse papel. Na sua análise Kennedy apresenta três tipos de juízes: (i) *constrained activist judge*; (ii) *difference splitting judge*; e (iii) *bipolar judge*. O *constrained activist judge* é o juiz que não tem qualquer intenção de desobedecer à lei, mas que investe muito do seu tempo e energia a trabalhar numa interpretação jurídica diferente da que parecia, num primeiro momento a melhor. Para Kennedy, a atitude do *activist judge* é claramente preferível em relação à dos restantes juízes (*difference splitting judge*, que escolhe sempre a decisão intermédia e, desta forma, é controlado pela ideologia dos outros, e o *bipolar judge*, que tem uma tendência consistente para alternar entre ideologias ao longo do tempo, oscilando entre posições marcadamente conservadoras e liberais), uma vez que direcciona o seu trabalho, tempo e estratégia

para fazer corresponder o Direito com a sua concepção de justiça. Na sua opinião, o juiz falharia na sua tarefa, justamente, se não tentasse fazê-lo²⁴¹.

Maria Benedita Urbano, alerta para o facto de haver ambiguidades em relação a algumas expressões utilizadas para descrever o fenómeno do activismo judicial, como exemplo temos; as expressões activismo judicial e de governo dos juízes, que segundo a autora são portadoras de algum equívoco.²⁴²

Embora sem qualquer influência no conteúdo, pois tratam-se de aspectos formais e de “cosmética linguística” preferimos a expressão activismo por ser a que melhor retrata o fenómeno, nela está patente a ideia de força contínua no exercício da função. Sobre a segunda opção, embora tenha a sua razão de ser, ela transmite uma ideia pejorativa, como se os juízes tivessem “tomado de assalto” a profissão e que a exercem sem qualquer limite. Por outro lado, rigorosamente falando a mensagem que se quer passar com a segunda expressão, parece estar longe de se realizar. Tendo em conta o conteúdo do princípio da separação dos poderes - que os juízes não podem exercer funções governativas- não existe perigo algum de a expressão causar alguma confusão, com o sentido próprio do termo. Ainda assim, a expressão é a mais apropriada para expressar nalguns casos os excessos dos juízes nas suas decisões irregularmente ilimitadas, podendo mesmo erroneamente levar as pessoas a equiparar as figuras ou os dois poderes.

Em relação à segunda expressão e ao argumento avançado, achamos que este “risco” está presente em qualquer decisão que se tome, ou seja, a aglutinação num mesmo aresto de duas tendências por vezes opostas, é preciso entendermos que a actividade judicial tal como a vida é dominada por tendências, que se vão sucedendo uma às outras, podendo as vezes verificar-se uma convivência entre estas, com particular enfoque para uma em detrimento de outra.

²⁴¹ Acompanhamos de perto, Helena Gaspar Martinho ob cit... p 64-65.

²⁴² “Desde logo porque abarcam realidades apesar de tudo distintas entre si”, no tocante à expressão governo dos juízes ela pode revelar-se enganadora pois pode ser entendida como uma forma de governo alternativa ao presidencialismo ou ao sistema parlamentar. Ora o governo dos juízes é um conceito, não uma forma de organização e de funcionamento do poder político. Relativamente à expressão activismo judicial, os problemas são mais complexos. Basta pensar que um mesmo comportamento pode ser apelidado quer de activista quer de auto- contido. Efectivamente, há quem entenda, por exemplo, que a actuação dos “quatro cavaleiros” (os quatro justices conservadores que mais se opuseram à legislação social do presidente Roosevelt) foi activista em relação às liberdades civis mas, simultaneamente, foi auto- contida em relação aos direitos sociais”. Maria Benedito Urbano ob cit... p 15 ss.

O activismo judicial é um problema associado à justiça enquanto valor social, por via da qual a convivência entre os homens é possível e que por isso, deve preocupar qualquer cidadão com particular destaque para àqueles que lidam com matérias jurídicas. Ao que se percebe o activismo não distingue os países e suas respectivas famílias jurídicas, nenhuma delas está imune ao fenómeno. Basta ver que em qualquer sistema administrativo, os juízes são chamados a emitir pronunciamentos oficiais sobre actos discricionários da administração, pois nestes países perceberam-se as vantagens que decorrem da utilização da discricionariedade na actividade administrativa.

Ora, a centralidade que a constituição assumiu nos nossos dias, desde a época liberal, acaba por justificar em parte o fenómeno analisado, fundamentalmente porque ela obrigou a encontrar-se novas fórmulas e formas de garantir a sua manutenção ante a ganância e vaidade humanas, é neste sentido que muitas soluções são encontradas, pois são acima de tudo fundadas na ideia de uma interpretação que seja mais próxima à constituição relativamente às outras leis. Os paradigmas da interpretação estão totalmente alterados e muitas das vezes esta tarefa é confundida com a criação, as fronteiras entre uma e outra vão esbatendo-se progressivamente.

Existem várias formas de activismo ou criativismo judicial, sendo que o critério que as diferencia é quantitativo ou seja; há modalidades em que este poder de criação é mais visível ante aos parâmetros clássicos das decisões judiciais;

1. Criativismo tradicional, ortodoxo ou soft: no âmbito da justiça constitucional, mas exactamente no que toca ao controlo da constitucionalidade das normas este criativismo judicial está relacionado com a figura Kelseniana do legislador do juiz – legislador negativo., na medida em que Hans Kelsen entendia que ao anular uma lei do Tribunal Constitucional legifera (o juiz), na medida em que, de certa forma, cria uma lei de sinal contrário. Devem ser inseridos nesta figura, os casos de nulidade parcial e os casos de limitação temporal dos efeitos da decisão do juiz constitucional, em ambos sendo perceptível uma certa manipulação das decisões que não cabe já no esquema tradicional da aplicação substantiva das normas. Podem ser também incluídas nesta modalidade a actuação do juiz constitucional em aplicação do princípio da interpretação conforme a constituição, isto é válido sobretudo nos casos das denominadas sentenças interpretativas de rejeição.

2. Criativismo médio ou “borderline”, estamos numa situação de fronteira em que ainda não se observa a criação de novas normas, mas elas vão (ter que) ser criadas a instâncias do juiz constitucional. Há que considerar nestas situações as circunstâncias em que os juízes constitucionais definem as linhas de orientação ou recomendações acerca da política legislativa, ou em que declaram uma norma inconstitucional mas deferem a sua expulsão da ordem jurídica, permitindo ao legislador elaborar uma nova norma de acordo com o estabelecido ou sugerido na decisão judicial. São exemplos desta actuação as decisões de admoestação, em geral com o convite à actuação do legislador, da jurisprudência constitucional italiana, e as decisões de incompatibilidade sem nulidade e as decisões apelativas da jurisprudência constitucional alemã, nestes casos está presente a ideia de conciliação entre o respeito pelo espaço de conformação discricionária do legislador ordinário e a necessidade de respeitar a constituição enquanto lei fundamental e suprema.
3. Criativismo patológico, heterodoxo ou hard, segundo Maria Benedita Urbano este sim seria um verdadeiro e autêntico activismo judicial, neste podem ser distinguidas duas situações; (i) situações em que os juízes adoptam ou emendam normas existentes aí invés de as declarar inconstitucionais (sentenças manipulativas – aditivas ou substitutivas). Estaríamos perante um activismo correctivo, mas ou menos moderado. Quase sempre o que está em causa é modificar no sentido de aperfeiçoar, a normas. (ii) situações em que os juízes criam normas gerais, ocupando por vezes espaços vazios deixados pelo legislador, habitualmente invocando que apenas estão a desenvolver o tecido constitucional, em particular através da concretização de princípios gerais aí incrustados. Neste último caso a criação de direito assume a feição de legislação judicial, configurando então as decisões judiciais fontes primárias de Direito²⁴³.

Como resulta claro do acima exposto, o critério que diferencia as três modalidades é quantitativo, ou seja nuns a “ousadia” dos juízes constitucionais é mais

²⁴³ Maria Benedita Urbano ob cit... p 21-24.

forte (invasão do domínio legislativo) relativamente às outras, sendo assim estas modalidades podem ser graduadas em níveis, no caso três.

Os motivos para estas decisões são vários; *“receio de criar vazios jurídicos (horror vacu) ou de chegar a soluções que teriam efeitos mais prejudiciais (nomeadamente para cidadãos) do que os que decorreriam da declaração de inconstitucionalidade; respeito pela liberdade de conformação do legislador ordinário e a consideração das consequências financeiras das decisões”*.²⁴⁴

Assim para alguma doutrina, todas as decisões que invadirem a denominada reserva da administração podem ser consideradas inconvenientes por enfermarem do vício do activismo, entretanto e aqui aproveitamos a oportunidade para afirmar que os motivos que levam o juiz a se pronunciar a respeito de tais matérias inclusive invadindo a zona de “conforto” da Administração Pública, relevam e devem ser atendidos ante às teorias que defendem a não intervenção do poder judicial. Fundamentalmente porque estes casos quando ocorrerem (invasão da reserva da administração) são subsumíveis aos motivos que acima apresentamos, em relação às razões que estão na base do activismo judicial e que portanto estão em sintonia com o princípio da separação de poderes que atribui aos tribunais o papel de julgar todos os actos dos poderes públicos.

As principais críticas apontadas ao activismo judicial podem agrupar-se em três grandes temáticas;

1. A questão do eventual atentado ao princípio da separação de poderes em virtude da usurpação da função legislativa por parte do poder judicial;
2. A questão do método mais adequado para interpretar as normas constitucionais; Nos EUA o confronto dá-se entre os partidários do interpretativismo (ou originalismo²⁴⁵) e os partidários do não interpretativismo;
3. A questão da falta de legitimidade democrática dos juízes constitucionais para anular leis do parlamento.

²⁴⁴ Maria Benedita Urbano Ob cit... p25.

²⁴⁵ Sobre o originalismo dentre outros veja Miguel Nogueira de Brito, Originalismo e interpretação constitucional, in sub Júdice Judicial Review, o sonho Americano, sub judice, justiça e sociedade, 1998, Janeiro/Junho nº 12 p 33-58.

Os juízes constitucionais e todos outros, têm legitimidade para exercer a sua profissão, como resultado do mandamento conferido pela própria constituição, é a eles que a carta magna atribui a tarefa de protecção e garantia daquilo que ela mesma prescreve. Num Estado de direito é a postura que se espera destes, tomar decisões em torno de matérias constitucionais e não só, particularmente no domínio do controlo da constitucionalidade, onde devem expurgar as normas que violam a lei fundamental. *Mutatis mutandi*, o mesmo passa-se com os demais juízes que a seu nível e de acordo com as matérias em que intervêm, tem a missão de proteger a constituição.

O denominado activismo de “terceiro grau” este sim põe em causa e na sua dimensão mais sagrada, o princípio da separação de poderes pelo que é a própria constituição que o afasta.

Uma segunda nota em relação ao tema, tem que ver com os limites dos poderes dos juízes, nas vestes de “activistas”. Antecipadamente sabemos que estes não podem ser ilimitados, sob pena de pôr em causa os princípios do Estado de direito e da separação de poderes.

No plano da justiça constitucional as decisões positivas de constitucionalidade, dependendo das circunstâncias, os interesses envolvidos, os direitos fundamentais, se os houver, como última *ratio* a própria constituição legitima o juiz a modular os efeitos das decisões para que “se evitem males maiores” porquanto na maioria dos casos os efeitos da nulidade de uma lei inconstitucional são extremamente severos, desta forma a solução passa pelo controlo das decisões tomadas ao abrigo dos poderes de modulação²⁴⁶ por meio da sua argumentação.

Transferindo o raciocínio acima apresentado, para a área administrativa, e como já o dissemos existirão razões relevantes para que no caso concreto o juiz aceite o processo e no decorrer deste construa o seu pensamento acerca da decisão a tomar sobre o uso dos poderes discricionários pela administração.

Em muitos destes casos estão em causa conflitos entre determinados princípios constitucionais pelo que o juiz terá de, segundo critérios jurídicos, determinar qual deles deve prevalecer, por exemplo em relação a questão em análise, estará em causa um conflito entre o princípio da separação de poderes e o da constitucionalidade dos actos

²⁴⁶ Sobre o controlo da actuação dos juízes constitucionais, ver Maria Benedita Urbano, ob cit.. p 28ss.

dos poderes públicos, (o conflito entre ambos os princípios poderá ser encarado de forma imediata ou mediata²⁴⁷). O mesmo acontece no fórum administrativo, onde igualmente digladiam-se vários princípios. É a própria constituição que determina a intervenção do juiz administrativo e enquanto lei superior conformadora de toda actuação estatal, não deixa ao juiz uma outra solução, sob pena de denegação de justiça.

*“A ponderação assume um particular relevo já que a realização da justiça constitucional tem na sua base a existência de um raciocínio lógico e fundamentado, que deve ser desenvolvido na forma como a fundamentação da decisão se estrutura. Através da ponderação adequam-se os princípios constitucionais e solucionam-se os conflitos entre os princípios e regras constitucionais. No âmbito dos direitos fundamentais os conflitos existentes devem ser resolvidos com recurso à ponderação, mas sem que se estabeleçam hierarquias entre eles, considerando a eficácia recíproca, através daquilo que a doutrina chama hierarquia móvel ou axiológica. No entanto o juízo de ponderação deverá procurar sempre formular um juízo de constitucionalidade da lei”.*²⁴⁸

“Segundo Kennedy, mesmo um juiz activista, empenhado em moldar os materiais legais até que seja juridicamente sustentável a solução que se lhe afigura como a solução mais justa, tem, pelo menos, dois grandes tipos de limitações e constrangimentos a ter em conta; (i) os recursos limitados de que dispõe – o tempo e energia que são empregues no trabalho árduo de encontrar bons argumentos jurídicos que sustentem o resultado que parece correcto (por exemplo, no caso grave) – não poderão ser empregues noutro caso difícil (ou em muitos casos fáceis) ainda que existam muitas regras que gostaria de mudar; (ii) custo de legitimidade (legitimacy cost) e a consequente necessidade de persuadir o público com bons argumentos jurídicos; quanto maior a distância entre a percepção da solução que o Direito determina e a percepção do juiz de o que deve ser a decisão correcta, maior a “reserva” de legitimidade que está em jogo”.²⁴⁹

²⁴⁷ Sobre a aplicação da ponderação em outros casos que não os estritamente constitucionais, veja-se por exemplo Lécia Vicente, A ponderação na adjudicação judicial: Estado de Direito, in Teoria da Argumentação e Neo – Constitucionalismo, um conjunto de perspectivas, Almedina 2011, p 240 – 262. Neste artigo a referida autora demonstra que mesmo em casos de outra natureza, a questão de conflitos entre princípios constitucionais é sempre colocada quer de forma directa ou indirecta.

²⁴⁸ João Palma Ramos, Estado de Direito como Estado constitucional: O Neoconstitucionalismo, Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo, Almedina 2011 p 153-154.

²⁴⁹ Helena Gaspar Martinho ob cit... p 65-66.

Por conseguinte, não se vislumbram violações a separação de poderes na actuação dos tribunais quando se pronunciam sobre os poderes discricionários exercidos pela administração, antes pelo contrário, ao fazê-lo o juiz estará a realizar a própria constituição e nesta dicotomia concorrencial, ao juiz não resta outra alternativa senão priorizá-la enquanto bem supremo, deixar de se pronunciar sobre um acto da administração porque discricionário em atenção ao princípio da separação de poderes, deixando de lado direitos fundamentais é desrespeitar a constituição. Nestes termos - ponderados os valores em questão - pode-se estabelecer uma ordem fixa de precedências em que a possibilidade de apreciação devidamente acoplada em valores mais importantes prevalecerá. Não está excluída a hipótese de a ordem de preferências variar, situação em podemos ter pronunciamento do tribunal, outras vezes não, tudo dependendo da ponderação feita.

3.3.2. O lugar da ponderação no controlo judicial dos actos discricionários.

Durante muito tempo a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do direito, premissa maior, a norma incidindo sobre a premissa menor, os factos, resultando desta “operação” a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Porém a subsunção apresenta alguns limites, não podendo por exemplo lidar com situações em que se discute a aplicação de princípios²⁵⁰, pois a sua utilização implicaria o afastamento de um princípio face ao outro, situação que não se compagina com a sua natureza abrangente, pois eles não atendem apenas a um campo de incidência, tal como acontece com as regras, pelo que postergar absolutamente um princípio é deixar de lado uma série de soluções que aplicadas ao caso ainda que parcialmente contribuiriam para o alcance da justiça. Ademais, tal solução seria desde logo inadequada, por violação do princípio da unidade da constituição. O intérprete não pode optar por uma norma e afastar a outra que também é aplicável ao caso, como se

²⁵⁰ Criticando os critérios tradicionais utilizados para distinguir regras e princípios, Pedro Moniz Lopes, Derrotabilidade normativa e normas administrativas, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014 p 112ss.

entre estas houvesse uma hierarquia, assim torna-se necessário utilizar métodos que levem em consideração todos os elementos em conflito, onde a solução final não implique o afastamento de uma das normas como se fosse inválida, mas sim, a uma aplicação combinada e devidamente ajustada à situação, que alcance todas as facetas da questão, a chamada ordem de precedências.²⁵¹

“A ponderação consiste portanto, numa técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas da mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”²⁵².

A ponderação aparece sobretudo como solução, a ser aplicada quando os tribunais se deparam com situações que as técnicas tradicionais não ajudam a resolver, porque incapazes de auxiliar os juízes nas suas tarefas novas, pois aquelas estão formatadas para casos em que o juiz se vai basear primacialmente na lei.

A ponderação pode ser encarada como uma forma de aplicação de princípios,²⁵³ em que a todos eles será conferido o mesmo tratamento, comparando-os investigando acerca das suas valências, de tal sorte que nenhum deles será, porque importante, postergado.

A ponderação pode, em função das suas valências ser utilizada para casos em que não estão em causa conflitos principiais, a resolução de conflitos entre regras e outros tipos de normas, também pode ser alcançada através desta técnica. A tal ponto que algumas decisões judiciais identificam-na como uma técnica genérica de solução de tensões normativas²⁵⁴.

A ponderação assenta sobretudo em argumentos racionais ínsitos a qualquer decisão, ela permite que se avaliem na base da racionalidade todos os elementos da

²⁵¹ Neste sentido e sobre a técnica da ponderação, Ana Luísa Guimarães, O carácter excepcional do Acto Administrativo contratual no Código dos Contratos Públicos, Almedina 2012, p 70-76.

²⁵² Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos o começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro A nova interpretação constitucional ponderação direitos fundamentais e relações privadas 3ª edição revista editora renovar 2008 p 327ss.

²⁵³ Foi assim que a ponderação entra no ordenamento constitucional Brasileiro (sob a forma de aplicação de princípios) já no ordenamento jurídico português este método ganhou relevância no âmbito da discussão relativa à fundamentação das restrições a direitos fundamentais não expressamente previstas na Constituição, tendo em conta as semelhanças do ordenamento jurídico Português e o Angolano achámos que esta também será uma das áreas em que a ponderação poderá se manifestar com maior evidência, neste ordenamento.

²⁵⁴ Ana Paula Barcellos ponderação... ob. cit. p 27.

decisão, não basta que se decida em conformidade com a lei, é preciso justificar o recurso ao Direito, diante de um conjunto de soluções todas elas com aptidão para serem aplicadas ao caso concreto.

Nesta abordagem preferimos tratar apenas da ponderação como uma técnica de resolução de conflitos normativos envolvendo princípios. Sem no entanto deixar de lado a razão da sua abordagem numa monografia em que prioritariamente se discutem temas jurídico-administrativos. Porque o fenómeno da ponderação ajuda a compreender o controlo que os juízes efectuam sobre decisões discricionárias.

*“A ponderação de bens e valores tem autonomia em relação ao procedimento de interpretação/aplicação das normas; enquanto esta teria como sentido determinante a atribuição de sentido normativo ao texto da norma, na ponderação está em causa equilibrar e ordenar bens em conflito num determinado caso, situando-se a ponderação a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar. Por sua vez a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens”.*²⁵⁵

A utilização da ponderação para a resolução de conflitos entre normas constitucionais está relacionada com os seguintes aspectos;

- a) Inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais, o que torna indispensável o balanceamento, de maneira a obter uma norma de decisão situativa, isto é uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso.
- b) Formatação principal de muitas das normas do Direito Constitucional (sobretudo as normas consagradoras de Direitos Fundamentais) o que implica em caso de colisão, tarefas de concordância balanceamento pesagem ponderação típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios
- c) Fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e

²⁵⁵ José Joaquim Gomes Canotilho Direito Constitucional....p 1237

uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos.²⁵⁶

A ponderação enquanto metodologia de resolução de conflitos, apresenta algumas regras ou seja; passos que facilitam o controlo da decisão final obtida por seu intermédio²⁵⁷.

A professora Ana Barcellos²⁵⁸ define três fases pelas quais deve passar a ponderação até a decisão final;

- a) A primeira etapa; identificação dos enunciados normativos, esta fase é de extrema importância para que a ponderação se desenvolva sem maiores distorções. Se um dispositivo relevante para o caso for ignorado pelo intérprete, os elementos que sugerem uma solução contrária à que a disposição ignorada indicaria assumirão um peso artificialmente maior ao longo da argumentação. Nesta primeira fase há algumas observações a fazer, a primeira diz respeito ao interesses e enunciados normativos, quando o intérprete é confrontado com um impasse jurídico é frequente que os interesses em oposição sejam percebidos de forma mais clara que os próprios enunciados normativos envolvidos. Não

²⁵⁶ Seguimos de perto, José Joaquim Gomes Canotilho Direito Constitucional... p1237

²⁵⁷ José Joaquim Gomes Canotilho por exemplo descreve a utilização da ponderação pelas seguintes fases; “a fase da topografia do conflito na qual se procede à descrição das modalidades segundo as quais a norma que regula um determinado direito ou interesse incide, num caso específico no âmbito de direitos ou bens conflitantes. Nesta fase assume especial relevância o chamado teste de razoabilidade que exprime a necessidade de delimitar o âmbito do protegido pela norma constitucional, com vista à descoberta do desvalor constitucional de alguns interesses invocados. Visa evitar o lançamento na arena da argumentação, de pontos de vista manifestamente irrelevantes para a decisão, que poderiam corrompê-la. Em rigor esta ainda é uma tarefa de interpretação das normas em questão. Um outro ponto a realçar é que nem todos pontos de vista são relevantes nem sequer admissíveis, na ponderação de certos conflitos; há aqui, claramente, a manifestação de uma das facetas do princípio da imparcialidade, que propugna que tudo o que for relevante deve ser considerado na decisão mas só o que for relevante. Esta tarefa de definição dos campos normativos é pois, de primeira importância, quando funciona de modo a evitar que o decisor manipule os elementos. Dito de forma mais simples este é um momento decisivo de controlo da correcção de uma decisão de ponderação, porque permite, na prática, considerar inevitáveis, como argumentos, alguns dos que foram considerados pelo decisor, o que pode permitir nem sequer discutir o fundo do conflito, porque se pode concluir que o mesmo pura e simplesmente não existia tendo sido criado com base em argumentos inadmissíveis, para depois, criada artificialmente a dúvida, se decidir a favor do valor ou princípio. Segue-se feita a topografia do conflito, a fase da atribuição de valores relativos aos vários valores, bens, princípios, em presença, de acordo com a lei de ponderação (quanto maior o sacrifício de um princípio, bem ou valor, mais importante terá que ser o princípio bem ou valor que é beneficiado), construindo a regra de decisão do caso concreto, e da mesma forma uma regra de prevalência condicionada ou de decisão situativa, que é no fundo uma regra que se exprime dizendo; nestas circunstâncias A prevalece sobre B uma regra rebus sic stantibus. Finalmente a última fase do método reside na necessária motivação e justificação da solução a que se chegou”. José Joaquim Gomes Canotilho Direito Constitucional... p1237ss.

²⁵⁸ Seguimos de perto, Ana Paula Barcellos, ob cit...p 176.

obstante isso, quando se vai iniciar a primeira fase da ponderação, interesses genericamente considerados só podem ser levados em conta se puderem ser reconduzidos a enunciados normativos explícitos ou implícitos. Um interesse que encontre fundamento no sistema jurídico não deverá ser considerado, de qualquer forma nesta fase, o que está sendo analisado é o enunciado normativo e não o interesse propriamente dito. A segunda observação a fazer é referente às normas e enunciados normativos e envolve uma definição mais precisa do que seja elemento normativo que estará sendo identificado aqui, trata-se de fazer uma distinção entre dois fenómenos diversos, ainda que interligados o enunciado normativo e a norma. A terceira observação a fazer ainda dentro desta primeira etapa tem a ver com as situações individuais enunciados normativos, onde a tónica recai mais uma vez sobre a ideia de se ater apenas aos enunciados normativos;

- b) Segunda etapa, identificação dos elementos relevantes; nesta fase, cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades. Nesta fase o intérprete terá de fazer duas coisas, primeiro terá de destacar, dentre todas as circunstâncias de facto que caracterizam a hipótese, aquelas que considera relevantes. Em segundo lugar, os factos relevantes terão influência sobre o peso ou importância a ser reconhecida aos enunciados identificados, na fase anterior e às normas por eles propugnadas;
- c) Terceira etapa decisão; identificados todos os elementos pertinentes chega-se finalmente à fase de decisão. É nesta fase que se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos factos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, tudo a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa. Diante da distribuição de pesos – e esse diferencial da ponderação – será o momento de definir se é possível conciliar os diferentes elementos normativos, ou se algum deles deve preponderar, afinal qual a norma que dará solução ao caso. Nesta fase o intérprete deve estar comprometido com a capacidade de universalização tanto nos fundamentos empregues no processo, como da

decisão propriamente dita. Em segundo lugar, e os esforços do aplicador nesta fase devem ter por meta a concordância prática dos enunciados normativos em conflito. Por fim, uma terceira questão que não deve ser negligenciada nesta fase, quando ela envolva direitos fundamentais, diz respeito ao núcleo dos direitos e o limite que ele representa à ponderação. Não se podem admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentalidade, tanto axiológica quanto normativa, nos sistemas contemporâneos. Neste sentido o núcleo deve funcionar como um limite último de sentido, invulnerável, que sempre deverá ser respeitado.

A ponderação passa essencialmente por três fases, o que varia neste processo são os termos usados pelos autores²⁵⁹ e os elementos adicionados na terceira fase, com vista a conferir uma maior legitimidade às decisões obtidas por intermédio desta técnica. São estes os passos que o juiz deve seguir no processo ponderativo que irá culminar com a decisão de aceitação ou não do pedido, entretanto não será uma procedência absoluta, o juiz irá combinar os elementos que tem a seu dispor e declara nulo o acto, mas pode por exemplo modular os efeitos severos desta invalidade, pode igualmente determinar a repetição do acto praticado, estes caminhos estão amparados por princípios todos eles importantes e que por isso não devem ser ignorados, ou seja; “todos saem vencedores”. No essencial, o procedimento ponderativo envolve uma apreciação das normas em conflito, determinação dos elementos relevantes e a fase da decisão onde se definem as normas que devem prevalecer naquela situação concreta.

²⁵⁹ Luís Roberto Barroso, também fala em três fases: 1- cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso identificando eventuais conflitos entre eles. 2- Examinar os factos, as circunstâncias concretas do caso e a sua interacção com os elementos normativos. 3- Nesta etapa a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Nesta fase dedicada a decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos factos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve prevalecer em detrimento dos demais isto é sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. Luís Roberto Barroso, Ana Paula, A nova...ob cit...p 329 ss..

Não obstante as críticas²⁶⁰ avançadas contra a utilização da ponderação na resolução de conflitos entre princípios (e como critério de actuação dos juízes na tomada de decisões), importa reconhecer que a ponderação é a metodologia mais apropriada para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais tendo em conta a sua natureza, a ponderação resolve-os de maneira mais “suave” ou menos traumática para o sistema, já que as normas em conflito apesar de cederem, continuam em vigor ainda que no caso concreto elas possam ser aplicadas com intensidade diferente.

A ponderação ajuda a organizar o raciocínio e a argumentação, fundamentalmente porque ela é aplicada nas situações em que não se afiguram favoráveis soluções que afastam uma disposição em detrimento de outras, a sua estruturação em fases serve o princípio da racionalidade e facilita a argumentação. As decisões tomadas pelos juízes serão controladas, de modo a avaliar a forma como as regras acima referidas foram utilizadas, assim as críticas dirigidas ao excessivo activismo poderão ser reduzidas. É com base neste controlo que se pode avaliar se a decisão que se pronuncia acerca do uso de poderes discricionários pela administração viola a constituição, o princípio da separação de poderes, do Estado de direito ou ainda o princípio da juridicidade.

²⁶⁰ Têm sido dirigidas a ponderação várias críticas desde; considerá-la como uma técnica inconsistente do ponto de vista metodológico. As noções de balanceamento ou sopesamento são vagas e não veiculam uma ideia clara sobre o conteúdo da técnica. Além do mais não há parâmetros para a ponderação e inexistente um padrão de medida homogêneo e externo aos bens em conflito capaz de pesar de forma consistente a importância de cada um deles. 2-por conta da inconsistência metodológica, a ponderação admite um excessivo subjectivismo na interpretação jurídica e, portanto, enseja arbitrariedade e voluntarismo. 3- A ponderação, arruína as conquistas próprias do Estado de Direito, em especial a contenção do arbítrio por meio da legalidade (enunciados gerais e abstractos) e a segurança jurídica daí decorrente, transmutando o Estado de Direito em Estado de ponderação. 3- A lógica da ponderação transforma a aplicação do direito em um novo processo político no qual vantagens e desvantagens serão livremente, (re) avaliadas por órgãos que não têm legitimidade para exercer esse ofício em franca violação ao princípio da separação de poderes. 4-Quando envolve a Constituição, a ponderação acaba por aniquilar a conquista da normatividade de suas disposições já que dilui a certeza e a previsibilidade que deveriam caracterizá-las, especialmente quando se trate de limites materiais de revisão. A ponderação submete tais disposições ao jogo próprio da política e à imprevisibilidade, ameaçando sobretudo os direitos fundamentais. 5- Na maior parte dos casos, o juiz manifestará as convicções comuns à maioria da população dos diferentes temas constitucionais. Algumas das críticas são procedentes, de facto a ponderação apresenta algumas insuficiências, algumas críticas apontadas também são aplicáveis às outras técnicas quer interpretativas, quer de resolução de conflitos, na medida em que, achámos que nas situações em que estejamos diante de princípios que expressem valorações aspirações e sendo a subsunção possível, ela não deixará de carregar algum subjectivismo. Pelo que a ideia é de buscar investigar métodos que conduzam a redução deste subjectivismo. Dizer ainda que as fases seguidas pela ponderação correspondem ao processo de tomada de qualquer decisão.

Até agora a ponderação revelou-se como a metodologia mais eficaz para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais, é provável e desejável que a doutrina ao longo do tempo encontre métodos mais apurados, mas por agora a ponderação tem “servido para as encomendas”²⁶¹.

A ponderação é um instrumento importante a ter em conta pela administração em vários momentos, particularmente quando exerce poderes discricionários e pode igualmente ser utilizada pelo juiz, por altura da fiscalização judicial decorrente do uso de tais poderes. A tal ponto que alguma doutrina considera que todo o direito é ponderação, porquanto é usada no momento da feitura da norma, na determinação do sentido interpretativo da norma e a aplicação da norma no caso concreto²⁶².

O domínio da discricionariedade propicia a utilização da ponderação pela administração, devido às várias possibilidades de concretização dos conceitos administrativos muitas vezes em conflito, exigindo desta um raciocínio apurado e adequado para a resolução de tais tensões. A ponderação é um imperativo para um correcto exercício do poder discricionário.²⁶³

Como dissemos, o grande desafio dos defensores da utilização da ponderação é a busca de métodos redutores do subjectivismo, apontado e fortemente criticado pelos autores que não a aprovam como mecanismo para a resolução de conflitos, é de alguns destes meios que vamos tratar agora.

3.3.2.1.A Teoria da Argumentação, como ponto alto do controlo.²⁶⁴

²⁶¹ “Alexy defende que a ponderação deve ser feita em três planos. No primeiro plano há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Muitos pensam que a ponderação não é um processo racional. A possibilidade desse modelo de prova em três níveis demonstra que o cepticismo em relação à ponderação não é justificado”. Nádia Castro de Alves, crítica a ponderação de direitos fundamentais na Justiça constitucional Brasileira. Relatório de mestrado, faculdade de direito da universidade de Lisboa 2007 p 21.

²⁶² Paulo Otero, Manual...ob cit...p 434.

²⁶³ Rui de Machette, apud Paulo Otero, Manual...ob cit...p 435, nota nº1442.

²⁶⁴ “Esta teoria da argumentação tem estado a evoluir com o passar do tempo ela aparece exposta de forma revolucionária na obra, a nova retórica um tratado sobre argumentação de Chaim Perelman escrita em parceria com L. Olbrechts-Tyteca e publicada em 1958, que pós em cheque o paradigma cartesiano das ciências humanas, que vinha predominando desde o século XVIII que aplicado ao Direito conduzia a uma compreensão monolítica e reducionista do processo hermenêutico. Para este autor a racionalidade não existe apenas quando o resultado de uma controvérsia possa ser demonstrado de forma inquestionável. Pelo contrário, no campo das relações humanas, as discussões dão-se em torno de

Precisamos de compreender o caminho que o juiz seguiu para tomar uma decisão, pois é a partir do acompanhamento da história da decisão que se pode compreender o seu contexto e conteúdo, a argumentação influencia na aceitabilidade da decisão pelos seus destinatários e não só, pois eles acompanharam o trajecto e percebem que o destino que se lhes apresenta, não apareceu de forma abrupta, mas resulta da caminhada, a partir da qual é perfeitamente justificável.

*“A racionalização do recurso à metodologia da ponderação de bens no Direito Constitucional faz-se, não apenas através do reforço da tónica no momento da fundamentação das decisões baseadas na ponderação, mas também através da institucionalização de mecanismos de controlo e da estruturação dos procedimentos que reduzem objectivamente o subjectivismo e intuicionismo inerentes ao método, com a consciência, porém de que o objectivo é como na teoria rawlsiana da justiça como equidade, o de reduzir e não o de eliminar o recurso à intuição”*²⁶⁵

Como referimos, a doutrina tem estado a investigar e buscar formas de reduzir o subjectivismo e não acabar com este -porque impossível - na aplicação da ponderação. O subjectivismo não é exclusivo da ponderação enquanto tal, os aplicadores e intérpretes têm as suas concepções acerca da vida suas aspirações e por mais objectivo que seja o método utilizado é inevitável “fugir” às pré-compreensões que estes têm acerca dos factos trazidos a superfície e que inevitavelmente influenciam a decisão.

A teoria da argumentação²⁶⁶ consagra alguns passos a seguir pelo intérprete com vista a facilitar o controlo da decisão obtida por intermédio de ponderação.

argumentos, prevalecendo aquele que tiver maiores condições de convencer os interlocutores. Não há verdades apodícticas, mas escolhas razoáveis, que são aquelas que podem ser racionalmente justificadas, logrando a adesão do auditório. Assim o direito, sendo uma disciplina prática que se ocupa da vida humana não pode se ficar exclusivamente na lógica formal, devendo recorrer a outro tipo de raciocínio”. Daniel Sarmiento, A ponderação de interesse na Constituição federal 1ª edição 3ª tiragem Lumen Juris Rio de Janeiro 2003 p125.

²⁶⁵ Reis Novais, As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra editora 2003 p723.

²⁶⁶“O constitucionalismo contemporâneo além de ter operado extensas mudanças na forma de conceber o Direito, veio ainda alterar o próprio pensamento dos juristas e teóricos do Direito, dando um novo ênfase ao mesmo enquanto prática argumentativa. Esta prática argumentativa ao serviço do Direito pressuporia, para Manuel Atienza, reforçar o papel da componente ponderação na argumentação

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que apoiem e lhe dêem sustentação. É necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal decisão. A argumentação jurídica deve preservar o seu carácter jurídico. Nesta senda, ao menos como orientação preliminar, um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas.

Em segundo lugar deve haver a universalização dos critérios adoptados pela decisão. Por força do imperativo da isonomia espera-se que os critérios empregues para a solução de um conflito determinado no caso concreto, possam ser transformados em regra para situações semelhantes. Esse passo permite a generalização do critério da decisão que se pretende adoptar, e vai projectar a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências.

O terceiro parâmetro diz respeito a utilização de princípios constitucionais instrumentais e de princípios constitucionais materiais que carregam em si a carga axiológica da ordem constitucional, estas categorias de princípios orientam a actividade

constitucional e abandonar o recurso à força ou à coacção psicológica como forma de dirimir conflitos sociais. A componente ponderação no discurso constitucional contemporâneo ganha, assim, prioridade sobre a componente coercitiva do Direito, pois deixa-se de se conceber a lei como uma realidade já dada, enquanto produto de uma autoridade, mas sobretudo, e principalmente, como uma prática social que integra em si uma determinada justificação ou correcção, sempre orientada por valores. A valorização da componente argumentativa segundo Manuel Atienza, seria levada a cabo, não através de uma única forma, mas através da aplicação de três concepções argumentativas; formal material e pragmática. A primeira, a concepção formal, vê a argumentação como uma série de enunciados sem interpretar. É aplicada na resolução de problemas formais, cuja resposta é o que é, independentemente de quem seja que a sustente, em que circunstâncias ou com que propósito. Os problemas formais não têm correspondência com a realidade e, por isso, não há necessidade de se comprometerem com o seu conteúdo. O centro da concepção formal é, portanto, a lógica dedutiva, ou seja os passos entre as premissas e as conclusões. A segunda, a concepção material, e por oposição à concepção formal, encontra no conteúdo do problema o essencial, não podendo adoptar em relação a este uma atitude descomprometida. É necessário que haja um comprometimento com a sua verdade e com a verdade da sua conclusão. Trata-se em suma, da teoria das boas razões. A terceira, a concepção pragmática, contempla a argumentação como uma actividade. Trata-se de situações em que o orador interage com o outro e o problema está centrado no facto de como persuadir sobre algo ou como defender ou a atacar uma tese. Acerca desta análise tripartida dos enfoques da argumentação jurídica, Atienza salienta que estas concepções não existem isoladamente, tanto mais que elas não são incompatíveis entre si. Neste sentido, exemplifica como o direito, para o qual as três concepções aparecem combinadas de tal forma que não se pode prescindir de nenhuma delas, estando intimamente ligadas com os valores básicos do sistema jurídico: a certeza com a concepção formal; a verdade e a justiça com a concepção material; e a aceitabilidade/consenso com a concepção pragmática". Bárbara Maria da Silva Cruz, Constitucionalismo. Desafios emergentes da era da Globalização, in Teoria da argumentação e Neo- constitucionalismo, Almedina 2011 p 16 a 18.

do intérprete, de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais²⁶⁷.

Estes critérios não são de fácil aplicação, contudo, reduzem o subjectivismo e contribuem para o controlo da decisão conferindo maior objectividade ao processo, o ideal seria a aplicação de métodos menos complexos que envolvessem menos “ginásticas mentais” que facilitassem a sua utilização tanto pelo juiz mais “qualificado”, como pelo juiz “mediano”.

A professora Ana Barcellos²⁶⁸ por exemplo propõe alguns parâmetros gerais que permitem a orientação e controlo da ponderação, estes parâmetros não são absolutos, o intérprete pode excluí-los mas neste caso caberá a este justificar o porquê do afastamento de tais parâmetros.

O primeiro parâmetro estabelece que as regras têm preferência sobre os princípios constitucionais; as regras (constitucionais e infraconstitucionais) têm preferência sobre os princípios constitucionais. Diante de um conflito insuperável pelos métodos tradicionais de interpretação, o princípio deve ceder e não a regra, já que as regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas. Quando a regra infraconstitucional viola o núcleo essencial do princípio constitucional haverá inconstitucionalidade da regra, e neste caso não haverá ponderação e quando a oposição se passa entre a regra e a área não nuclear de um princípio, em geral a regra permanecerá sendo considerada válida, na qualidade de opção legítima do legislador democrático. Ao contrário da posição da autora acreditamos, que não é de afastar a utilização da ponderação no domínio das regras, ou mesmo no caso de eventuais conflitos envolvendo regras e princípios.

²⁶⁷ Nestes três pontos seguimos de perto, Jorge Renato dos Reis e Aneline dos Santos Ziemann, A teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e a sua aplicação prática: Constitucionalização do Direito e Ponderação, p 7 ss.

²⁶⁸ “Ao lado dos parâmetros gerais a autora estabelece parâmetros específicos que destinam-se a orientar de forma mais precisa a solução dos conflitos a partir da análise das características próprias dos diferentes elementos normativos em disputa e das circunstâncias concretas que os envolvem, eles não dispensam o uso dos parâmetros gerais ao contrário, em seu processo de construção os parâmetros gerais devem ser incorporados”. Ana Paula Barcellos Ponderação.... p 275.

Entendemos que os princípios constitucionais devem prevalecer sobre as regras infraconstitucionais, dada a sua essência, esta prevalência dos princípios sobre as regras só não se verificará no caso de a regra tendo em conta a sua natureza, disciplinar de forma específica o caso em análise, contribuindo para a materialização dos direitos das partes e consequentemente para a realização da segurança jurídica. No entanto esta conclusão deverá ter sempre em consideração, as circunstâncias concretas do caso, ou seja; será resultante de ponderação, pressupondo a inaplicação dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos em função das normas em conflito (princípio e regra).

A autora apresenta como exceção a este parâmetro, a equidade a teoria da imprevisão e invalidade de incidência específica da regra.²⁶⁹

O segundo parâmetro estabelece que os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas (ou a solução que prestigia a dignidade humana tem preferência sobre as demais decisões). Diante de um conflito que exija o recurso á ponderação, os direitos fundamentais, devem prevalecer sobre os demais enunciados normativos.

Tendo em conta a formatação principal das normas de direitos fundamentais, achámos que esta não é a solução mais adequada, na medida em que nem sempre estão em conflitos por exemplo, normas de direitos fundamentais (com ou sem formatação principal) e outras normas também constitucionais, mesmo neste caso é duvidoso que se estabeleça um axioma absoluto na medida em que, as normas constitucionais têm igual dignidade. Assim mais uma vez afirmámos, que nestes casos serão as circunstâncias concretas a determinar a prevalência ou não da norma de direito fundamental. Por outro lado, estando em conflitos duas normas de direitos fundamentais de formatação principal, este parâmetro não será aplicável na medida em que também neste caso as normas terão igual dignidade.

Entretanto não deixamos de reconhecer que os princípios consagradores de direitos fundamentais, justificam a intervenção do juiz no controlo de poderes discricionários e também poderão fundamentar muitas decisões tomadas nos tribunais

²⁶⁹ Ana Paula Barcellos Alguns Parâmetros...p90.

e nesse caso o nível de preterição não pode ser muito intenso ao ponto de pôr em causa o seu conteúdo mínimo.

Não obstante os parâmetros aqui avançados, o intérprete deve ter em conta outros elementos estejam eles consagrados expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico e que servirão para facilitar o controlo da decisão obtida, temos como exemplo destes mecanismos, a segurança jurídica, o princípio da igualdade o princípio da proporcionalidade e tantos outros valores cuja violação, poderá dar origem a sindicância da decisão. Este aspecto facilita o controlo, na medida em que as potenciais violações a estes valores são facilmente detectadas.

A legitimidade da ponderação decorre fundamentalmente da argumentação seguida pelo juiz, portanto, mais do que se permitir o uso desta técnica, o importante é justificar as soluções encontradas por seu intermédio.

“Faz parte da moderna teoria da interpretação determinar os fundamentos racionais da sentença decisória para que, a partir desta, a decisão possa ser controlável. Que seja possível uma argumentação jurídica racional depende porém, não apenas do carácter científico da jurisprudência (a questão do método), mas ainda da legitimidade (fundamentação) das decisões judiciais.”²⁷⁰ ²⁷¹

O facto de a ponderação ser realizada por fases, sujeitas a um controlo de racionalidade, faz dela a melhor e mais apurada técnica para a resolução de conflitos entre princípios e não só, a ciência jurídica nunca dispôs de um método tão eficaz para a resolução de conflitos normativos, sem prejuízo da procura de alternativas metodológicas mais eficazes, é possível que daqui há mais 100 anos as gerações futuras se riam da nossa pelo facto de utilizarmos um método tão “arcaico” para resolver

²⁷⁰ Cristina Queiroz Interpretação Constitucional e interpretação judicial Coimbra Editora 2000 p162

²⁷¹ “Para a teoria da argumentação jurídica, com efeito, a norma jurídica ou a norma de decisão encontra-se na justificação/fundamentação das decisões judiciais. Esta última transforma-se num caso especial do discurso jurídico prático - geral. Deste modo, a interpretação do direito realizada pelos tribunais de justiça constitucional tem vindo a receber, cada vez mais, o status de uma norma geral de interpretação e estes o de órgãos de produção jurídica. A fundamentação da decisão judicial fixa um ponto no qual mais nenhuma dúvida existe sobre a aplicabilidade da norma resultante da interpretação. O Tribunal alcança esse ponto quando ele próprio não tem mais nenhuma dúvida e afirma, portanto que ninguém mais, de modo racional pode pôr em causa essa interpretação. É o que se designa, genericamente, por racionalidade externa ou extrínseca do raciocínio judicial. Daí que um número considerável de autores se esforce hoje por demonstrar como a decisão do juiz depende não tanto da linguagem empregue pelo texto (textualismo), nem da virtude do juiz (realismo), mas dos limites do raciocínio judicial”. Cristina Queiroz ob. cit. p164.

conflitos normativos, tendo em conta a evolução esperada, mas até lá... a ponderação é e será a metodologia mais eficaz.

“O activismo” e a “auto-restrição” demonstram que cada uma delas possui seus próprios riscos e virtudes. Do modelo da “moderação judicial” pode resultar um tribunal que é insensível às ameaças à legitimidade democrática que não podem ser avaliadas segundo critérios exclusivamente formais, o que ocorre quando tribunais permitem aos ocupantes momentâneos de cargos legislativos e executivos governar de modo a impor a grupos socialmente minoritários (e portanto potencialmente derrotados nos processos políticos majoritários) obrigações desproporcionais, não equitativas. Por sua vez, do “activismo judicial” pode resultar um tribunal “paternalista”, que ocupa o lugar dos processos políticos democráticos ao invés de promovê-los, assumindo as competências de instância suprema de decisão sobre questões moralmente controversas. Enfim, existem efeitos colaterais indesejados de uma aceitação ortodoxa de ambos os modelos”.²⁷²

“Alexy, ao contrário de autores como Mac Cormick, parte de uma teoria da argumentação prática geral para construir a estrutura do discurso e da argumentação jurídica. Assim o discurso jurídico é considerado por Alexy como um caso especial do discurso prático geral ou discurso moral. Adoptando uma postura, analítico-normativa, este autor teve o mérito de desenvolver uma teoria da argumentação jurídica original. A sua doutrina, que é de raiz Kantiana e de inspiração Habermasiana, pretende criar uma teoria normativa da argumentação jurídica que permita destriçar os bons e maus argumentos e que permita analisar a estrutura lógica dos argumentos, por meio da incorporação de elementos empíricos. Em Alexy, assim como em Habermas, a teoria da argumentação é uma teoria do procedimento. No que respeita ao procedimento, destacamos somente que o respectivo processo de decisão poderá incluir ou não a possibilidade de modificação das convicções normativas e fácticas dos indivíduos e dos seus interesses, existentes no início do procedimento”.²⁷³²⁷⁴

²⁷² Cláudio Ladeira de Oliveira, *Activismo Judicial, auto- restrição judicial e o minimalismo de Cass Sunstein*, p11.

²⁷³ Seguimos de perto, Lécia Vicente ob cit... p 244.

²⁷⁴ “No discurso jurídico, à semelhança do discurso moral, existe também uma pretensão de correcção, sendo igualmente aplicadas as regras do discurso prático geral. Mas nesta sede, mais do que demonstrar o nível de racionalidade de uma premissa, o discurso jurídico pretende demonstrar que uma proposição pode ser fundamentada racionalmente no âmbito do ordenamento jurídico vigente. Consequentemente

Feita esta incursão pelo “mundo” da teoria do Direito, particularmente dos mecanismos para resolver os conflitos constitucionais, que facilitam a tomada de decisões por parte dos juízes e que consequentemente auxiliam o seu controlo²⁷⁵, fica claro que as actuações dos juízes baseadas nestas técnicas, não extrapolam os limites impostos pela constituição e pelo princípio do Estado de direito e neste sentido não constituem violação à separação de poderes.

*“A tarefa do juiz constitucional de concretização da constituição deverá ser balizada por uma teoria da argumentação jurídico- constitucional que o impeça de se tornar, segundo a objecção crítica de Bobbitt, em “legislador paralelo ou super controlador no domínio dos direitos fundamentais e que articule a ordem de valores a Constituição como ordem aberta e fragmentária”.*²⁷⁶

No domínio da ponderação administrativa duas notas merecem destaque, a primeira tem a ver com exigência da argumentação das decisões sendo, na esteira do Professor Paulo Otero²⁷⁷, preenchida por três fases; (a) identificação das realidades em colisão; (b) atribuição do peso a cada uma das realidades em conflito; (c) decisão sobre a prevalência entre as realidades em colisão. A segunda nota tem a ver com as críticas geralmente dirigidas contra o uso desta técnica, por revelar subjectivismos e gerar alguns excessos, o que parece normal pois tratam-se de aspectos próprios de sociedades abertas e portanto susceptíveis de múltiplas interpretações e entendimentos acerca das várias realidades objectivas²⁷⁸.

o discurso jurídico possui as suas próprias regras que impõem a sujeição à lei, aos precedentes e à dogmática jurídica. Tal como acontece na argumentação prática ou moral, também na argumentação jurídica, os participantes no discurso podem discutir de forma racional as concepções normativas e os valores implícitos, modificando ou corrigindo tais concepções ou eliminando as deficiências agora em evidência nesse sistema jurídico. Para além disso, Alexy salienta que o valor prático de uma teoria da argumentação jurídica só pode revelar-se no contexto de uma teoria geral do Estado e do direito, capaz de unir o modelo de sistema jurídico como sistema de procedimentos e o modelo de sistema jurídico como sistema de normas. Isto porque o que se pretende é que a actuação no direito não seja alheia ao facto de que o sistema normativo também contém princípios”. Lécia Vicente, ob cit... p 244-245.

²⁷⁵ Sobre as teorias legalista e a constitucionalista e como estas podem influenciar no entendimento sobre a necessidade de um maior ou menor activismo judicial no processo de concretização da Constituição onde pontificam nomes como Dworkin e Alexy, entre outros ver, Maria de Assunção Esteves, Legitimação da Justiça constitucional e princípio da maioria in legitimidade e legitimação da justiça constitucional colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional Coimbra editora 1995 p 135 ss.

²⁷⁶ Maria de Assunção Esteves Ob cit... p 138.

²⁷⁷ Paulo Otero, Manual...ob cit... p 445.

²⁷⁸ Paulo Otero, Manual... ob cit... p 445.

Por fim, não faltam elementos para que o juiz possa controlar e de modo eficaz o uso de poderes discricionários pela administração, a ponderação efectivamente constitui elemento imprescindível para que este controlo possa ser feito, não valendo por isso os argumentos de violação da separação de poderes e de activismo judicial, pois tal atitude do juiz está a coberto da própria constituição²⁷⁹.

A ideia do controlo crítico do poder ajuda-nos a compreender que o exercício de poderes discricionários deve ser acompanhado pelas várias instituições e instâncias judiciais, porquanto o poder que se exerce sobre as pessoas deve ser limitado, portanto o poder (judicial ou outro) deve limitar o poder (discricionário), nestes termos as instituições e as regras existentes (processo) ajudam a controlá-lo.²⁸⁰

PARTE II. Da construção à destruição. As fases de um procedimento hipoteticamente justo. O Decreto-Lei 16 a/95.

Na segunda parte da monografia, iremos centrar as nossas atenções no procedimento com mecanismo através do qual a administração exterioriza a sua vontade, permitindo ao mesmo tempo que o interesse público seja realizado na medida necessária e solicitada pelas circunstâncias. Daí resulta que nesta prossecução do

²⁷⁹ “Esta nítida afirmação da compreensão da necessária separação de funções no Estado e dos inerentes limites aos poderes de controlo jurisdicional em face ao exercício administrativo discricionário, entendidos eles como externos e negativos e exercidos *a posteriori*, representa um importante aquis na nossa evolução jurisprudencial, com uma afirmação de princípio fundamental. O tribunal apenas anula, impede, afasta soluções manifestamente erradas, mas não as substitui por outras, que em sua opinião poderiam ser melhores – o seu papel é sempre um de controlo exterior da juridicidade e não um de encontrar a justiça no caso concreto. Ora, nunca é demais sublinhar esta norma vocação negativa do controlo jurisdicional administrativo da actividade administrativa discricionária, sobretudo em face de poderes como os hoje conferidos ao juiz, designadamente, pelo artigo 71º nº2 do CPTA. Que essa concepção se mantenha e prevaleça, nas relações com o controlo do poder discricionário da Administração, parece-nos fundamental – é aquela que, além de ser juridicamente correcta, segundo pensamos, parece traduzir bom senso e equilíbrio em face da limitada preparação técnica/ administrativa que é possível aos tribunais. Por outro lado, é a compreensão adequada à visão da função judicial de controlo nos sistemas continentais de administração executiva, em que aquela nunca poderia ser substitutiva”. Mariana Portocarrero in Aferição judicial ab extra da legalidade do exercício administrativo discricionário posição de princípio? Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1º secção) de 6.12.2006 in Cadernos de Justiça Administrativa nº 66 Dezembro de 2007 p 45-47.

²⁸⁰ António Cortês, Jurisprudência dos Princípios Universidade Católica editora 2010, p 263.

interesse público, se tenha em consideração todos os elementos que surgem no caminho da administração rumo à realização daquele desiderato

Como é que o procedimento pode servir o interesse público, sem desprezar os elementos relevantes muitas vezes contraditórios, que atravessam o seu caminho? São questões que vamos tentar responder no tópico que intitula a segunda parte do nosso trabalho.

Ora, parte da solução para a problemática central deste tópico, está na valorização do procedimento enquanto figura de resolução e de diálogo “pacífico” entre duas realidades diferentes mas não antagónicas, ao contrário, perfeitamente compatíveis a saber; o interesse público e o interesse privado. A ponderação de interesses, valores e bens realizada pela administração, no âmbito de um procedimento devidamente estruturado e bastante generoso -no sentido de conferir a cada um dos intervenientes a possibilidade de se pronunciar, não havendo decisão mais justa do que aquela que pondera todos os argumentos relevantes, colhidos por via da participação dos interessados na decisão - é a melhor via para que o Direito Administrativo realize os objectivos que estiveram na base da sua criação.

Para tal e porque na relação entre administração e cidadão, aquela é a parte mais forte, urge munirmos os cidadãos com elementos que o elevam de modo que este possa se posicionar num patamar próximo ao que a administração ocupa. E isso só é possível se ao cidadão forem conferidos elementos que garantam uma ampla participação no procedimento. Entendemos por isso, que se deve repensar o conteúdo deste princípio em ordem a permitir uma participação generosa²⁸¹ dos cidadãos no itinerário que conduz a tomada de uma decisão.

²⁸¹ “As normas e decisões deverão resultar de processos participados e equitativos que potencia, a sua justiça e correcção. O processo não garante em absoluto a validade dos resultados. Mas ele deve dar garantias razoáveis desse resultado. Exige-se, portanto, antes de mais, uma “ética do discurso” ao nível da própria comunidade política. A criação e aplicação do Direito não pode abdicar de uma razão procedimental e crítica que não apenas garanta a legitimidade das normas e decisões, mas também dê garantias razoáveis de correcção e validade das decisões. A ética material não pode abdicar de uma ética do discurso e de uma atitude racionalmente crítica. Assim, a razão jurídica é, de facto, até certo ponto, uma razão procedimental e crítica e a ética jurídica é, em certa medida, uma ética do discurso”. Sobre o Princípio da igualdade em termos gerais, António Cortês, *Jurisprudência dos Princípios* Universidade Católica editora 2010, p 263-264

Para que se possa falar em procedimento justo, devidamente parametrizado e faseadamente estruturado exige-se igualmente que as decisões tomadas sejam rigorosamente executadas, que os seus efeitos se manifestem na vida dos cidadãos, sob pena de inutilizar toda e qualquer diligência seguida na fase pré-decisional, só desta forma estaremos evidenciar e realizar os desígnios do Direito Administrativo e consequentemente dos seus princípios mais importantes.²⁸²

É por exemplo neste sentido que se fala em princípio do procedimento equitativo²⁸³ ou devido procedimento legal²⁸⁴ que só será efectivado se for garantida aos cidadãos a participação no procedimento, e a faculdade de reacção face as decisões desfavoráveis através do recurso à justiça, nesta participação deve ser igualmente assegurado o contraditório. Para o efeito, deverão ser criadas as condições para que este contraditório se materialize da melhor maneira possível, apelando-se ao elemento cognoscitivo dos aspectos que serão portanto alvo de discussão em sede da qual ele exercerá o seu direito. Com isto, estarão reunidos os pressupostos para que haja uma decisão, que por força da ponderação dos vários elementos, se encaixa tal e qual luva na mão do pugilista, ao caso em análise. Ainda assim é exigível que os caminhos que levaram a decisão sejam conhecidos não só pelos intervenientes, mas pelo público em geral, de modo a reforçar a certeza, segurança jurídica e a confiança nas instituições administrativas. Para que a decisão tomada surta os efeitos desejados deve ser proferida em tempo razoável²⁸⁵ de tal forma que os seus efeitos acompanhem devidamente os

²⁸² Neste sentido, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, *Direito Administrativo...* ob cit...p 59.

²⁸³ Sobre o procedimento equitativo, ao nível da contratação pública, Miguel Assis Raimundo, *Formação dos Contratos Públicos*, uma concorrência ajustada ao Intesse Público, aafdl 2013 p 1085-1088.

²⁸⁴ Sobre o devido processo legal no Brasil dentre outros veja, Alda Pelegrini, *Actividade Administrativa face ao sistema constitucional*, in *Estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda*, Coimbra Editora 2012 p 47.

²⁸⁵ “Num acórdão muito citado em tema de atraso na administração da justiça (o acórdão de 9 de Outubro de 2008, proc. 0310/08)6,o STA apreciou um caso em que a acção declarativa foi apresentada em 1995, a subsequente execução foi desencadeada em 1997 e, em 2001, os autores/exequentes ainda não haviam logrado obter a plena execução da sentença. Esse atraso provocou-lhes danos morais, que imputaram à demora excessiva do processo executivo. O STA percorreu cuidadosamente cada trâmite processual (uma metodologia identicamente seguida pelo TCA, no acórdão sub judice) mas apontou a necessidade de se adoptar, na determinação do “prazo razoável”, um critério de razoabilidade, “o que nos remete para uma análise global, de conjunto da situação processual dos autos em que o demandante se queixa do atraso e não para os seus pormenores e para os prazos de cada fase e momento processual”. Utilizando esta análise do “tempo global”, o STA reconheceu razão aos autores, sublinhando que (realçados nossos): “...por organização deficiente dos serviços em que pontuam dois meses de demora da secretaria na abertura da conclusão do processo ao juiz após esgotado o prazo para realização da prova pericial, e um ano em que os autos ficaram parados a aguardar despacho do juiz, houve um atraso injustificado sensível

factos que ela pretende regular, em homenagem a ideia de um andamento contemporâneo entre o facto e o direito.²⁸⁶

O princípio do procedimento equitativo, está directamente relacionado com outros princípios procedimentais, arriscamo-nos a dizer que aqueles podem ser entendidos como subcategorias do princípio ora referido. A violação a um princípio procedimental constituirá igualmente um atropelo ao princípio do procedimento equitativo. A importância conferida a este princípio é tão grande que a moderna doutrina, lhe confere o estatuto de verdadeiro direito fundamental, com todas as consequências que possam resultar desta qualificação.²⁸⁷

Um outro aspecto importante para aferição da justiça do procedimento e das decisões produzidas por seu intermédio, é o tratamento que se dá ao princípio da adequação procedimental²⁸⁸, nos termos do qual a vontade da administração deve ser produzida de acordo com uma estrutura que lhe seja compatível, sendo que muitas vezes as decisões poderão ditar o seguimento de determinados caminhos, ou seja, busca-se a melhor decisão a luz do interesse público, que por sua vez, poderá obrigar o seguimento das vias mais aptas no processo de busca e realização daquele fim. Para que tal seja possível são conferidos aos órgãos da administração poderes para gerir o procedimento da melhor maneira possível, dentro dos limites estabelecidos e em ordem ao fim para o qual tais prerrogativas foram concedidas. Portanto poderemos ter a seguinte equação, procedimento mais finalidade mais formalidades é igual a decisão justa. Todos os ingredientes devem ser convenientemente doseados, neste sentido a margem de liberdade conferida à administração deve ser usada para a tomada da melhor decisão, justificando-se a existência de curvas ao trajecto normal, tudo em função do alcance da meta.

e que afectou de modo claro o bom andamento do serviço e contribuiu para um atraso global, que por este motivo se deve considerar excessivo e desrazoável, caracterizando-se assim o elemento de ilicitude. A culpa resulta da ilicitude e do próprio facto de o serviço não funcionar de acordo com os standards de qualidade e eficiência que são esperados e constituem uma obrigação do Estado de Direito perante os cidadãos”. Carla Amado Gomes, A decisão do procedimento em prazo razoável: uma nova responsabilidade administrativa, Responsabilidade Civil Extracontratual das entidades Públicas, ICJP 2013 p 29-30. http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/dirresp_civ_ebook_completo.pdf

²⁸⁶ Paulo Otero Direito... ob cit...p 76.

²⁸⁷ Paulo Otero Direito...o cit...p 83.

²⁸⁸ Paulo Otero Direito...ob cit...p82.

Ultrapassada a fase em que se projectava o procedimento como tendo apenas uma dimensão substantiva, que pressupunha a colaboração entre diversos órgãos virada para a prática de um acto, ou seja; havia apenas a inclinação e preocupação para a prática do acto administrativo, sendo este o motivo que justificava a mobilização de agentes e meios. Modernamente o procedimento justamente adequado é aquele que assume a dimensão adjectiva, que espelha a existência de actos racionalmente arrumados, que apesar da sua autonomia, concorrem mediata ou imediatamente para uma finalidade, ora esta nova perspectiva assenta sobretudo na sequência de actos e formalidades²⁸⁹.

É importante que neste percurso participem vários órgãos e entidades, com pontos de vista diversos e múltiplas sensibilidades, propaga-se nesta dimensão o alargamento à participação de entidades que pelo trabalho que realizam podem contribuir para a busca da melhor solução possível. Por isso, faz sentido que se emitam pareceres, de modo a conferir uma perspectiva mais crítica à actuação da administração no momento em que os seus órgãos estiverem a tomar a decisão, é desta pluralidade de pensamentos e opiniões que surgem exactamente as melhores soluções para o interesse público.

Destaca-se neste sentido, a conferência de serviços do Direito Italiano²⁹⁰, que se traduz numa reunião de várias entidades com poderes, no âmbito de um procedimento administrativo, que visa dentre outros aspectos garantir uma visão transparente do problema, e permite que a decisão tomada seja fruto de uma coordenação entre as entidades com competência para tomar a decisão²⁹¹.

Os pareceres permitem à administração encontrar a melhor solução a luz do interesse público, fundamentalmente porque pressupõem opiniões com forte sustentação científica e facilmente justificáveis aos olhos da sociedade, falando-se neste

²⁸⁹ Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias, *Noções...* ob cit... p 193-194.

²⁹⁰ Filipa Urbano Calvão, O procedimento administrativo como instrumento de coordenação de competências, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª secção) de 13.2.2001, *in* Caderno de Justiça Administrativa nº 32 Março/Abril 2002 p 48.

²⁹¹ Sobre o Instituto e a denominação adoptada no ordenamento jurídico português (conferência procedimental), Sérvulo Correia, *A Conferência Procedimental; Fontes e Opções*, in Liber Amicorum Fausto Quadros, vol II Almedina, 2016, p 17-43.

sentido de uma optimização²⁹² do conhecimento. Os pareceres estão ao serviço do procedimento e no âmbito deste assumem uma feição valorativa²⁹³.

Deve ainda animar o procedimento que se quer justo e adequado aos desígnios constitucionais, com a ideia da desburocratização e simplificação das formalidade que lhe são congénitas, daí que se afigure imprescindível a articulação entre as várias fases do procedimento, devendo haver uma avaliação de cada uma, ao ponto de aferir se é ou não necessária para a formação da vontade da administração. Portanto toda e qualquer formalidade que se exija deve ter uma ligação imediata ao acto final, de tal modo que a sua omissão periga a formação regular da decisão administrativa.

Assim, apresenta-se como alternativa para a garantia da simplificação dos procedimentos, a figura da coordenação, que conduz a absorção de formalidades, um alinhamento com feição organizativa intersubjectiva, contruído pela participação das administrações públicas, podendo também assumir uma feição notadamente colaborativa²⁹⁴. Ela muitas vezes reduz o número de intervenientes no processo de tomada de decisão, ao invés da obediência a uma série de formalidade tendentes a colher opiniões de várias entidades que muitas vezes até atrasam o processo decisivo. Pelo que em obediência e em respeito a necessidade de ponderar-se por via da audição das entidades com poderes para se manifestar, podemos garantir que estes pronunciamentos sejam condensados e exteriorizados num único acto, o que não prejudicará o conteúdo da decisão nem a finalidade que se pretende prosseguir com a sua prolação.

Neste sentido, a coordenação apresenta-se como instrumento que permite a materialização de importantes princípios do procedimento, a eficiência e a imparcialidade²⁹⁵, estaremos a cumprir duas finalidades intrínsecas ao procedimento, a ponderação dos vários interesses em jogo e a simplificação de formalidades que naturalmente concorrem para tomada da melhor decisão em face do interesse público

²⁹² Pedro Gonçalves, Apontamentos sobre a função e natureza dos pareceres vinculantes, Caderno de justiça Administrativa nº O 1996, p 6.

²⁹³ Pedro Gonçalves, Apontamento... ob cit... p 7.

²⁹⁴ Filipa Urbano Calvão, Modelos... ob cit...p 55.

²⁹⁵ Filipa Urbano Calvão, Modelos...ob cit...p59.

que a administração deve realizar (muitas vezes o excesso de formalidades periga a realização dos fins a que a administração se propõe realizar).

A sequência dos actos e formalidades é tão importante²⁹⁶ que a sua inobservância pode gerar um vício, a possibilidade de invalidar o procedimento assume a feição de garantia que funciona como elemento de pressão para os órgãos da administração com responsabilidades na sua condução. Este é portanto um aspecto determinante para que tenhamos um procedimento estruturalmente justo e adequado, a garantia de que haverá cumprimento de todas as suas fases, fundamentalmente porque elas servem igualmente a sua dimensão garantística.

Como resultado, encontrarmos várias formas de reacção ante a preterição de formalidades, tudo porque umas se afiguram mais importantes do que as outras, porquanto realizam princípios fundamentais do procedimento, é o exemplo da falta de audiência que viola vários princípios procedimentais e constitucionais, como por exemplo, a participação e o contraditório, daí que em alguns tipos de procedimentos a sua inobservância gere uma nulidade insuprível.

Para que o cidadão possa intervir no procedimento administrativo e ali exercer os seus direitos defendendo as suas posições é necessário que seja notificado, portanto o procedimento só será justo se estabelecer prazos claros de notificação bem como consequências resultantes da sua falta ou irregularidade. Só desta forma estaremos a otimizar os direitos que estão por detrás deste instituto, nomeadamente a tutela jurisdicional efectiva e o direito a impugnação contenciosa²⁹⁷, que só serão garantidos se ao cidadão for dado o conhecimento do conteúdo das decisões tomadas pela administração. Isto posto, a notificação deve ser convertida em fase autónoma ao nível da estruturação do procedimento administrativo, como forma de dar corpo ao

²⁹⁶ “Quando a lei estabelece um procedimento necessário – aqui no sentido de uma disciplina procedimental – isso há de ter o sentido de que o acto principal só aparece irrepreensível se se verificarem todos os trâmites pedidos e se cumprirem sem distorções – ou seja, se o procedimento efectivamente seguido corresponder ao procedimento devido, isto é se o primeiro respeitar a disciplina normativa que lhe é aplicável”. Pedro Machete, Um procedimento indevido é igual a um procedimento inexistente? A questão da nulidade – inexistência: teoria da essencialidade funcional vs. Teoria da essencialidade estrutural. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, (1.ª secção) de 11.11. 2003, *in* Cadernos de Justiça Administrativa nº 66 Dez 2007 p 31.

²⁹⁷ Pedro Machete, Notificação deficiente do acto Administrativo- articulação entre meios administrativos e contenciosos, Caderno de Justiça Administrativa, nº 75 Maio/Junho 2009 p 17.

argumento apresentado pela doutrina que defende a tese segundo a qual, a notificação é um requisito da existência do acto e só a partir da notificação é que se pode considerar o acto efectivamente existente. Como se pode notar e parece ser esta a melhor orientação, a falta de notificação deve gerar invalidade do acto ao contrário da simples ineficácia, que nem sempre impede o acto de produzir os seus efeitos.²⁹⁸ Contrariamente outras doutrinas entendem que para realizar o seu tipo legal, o acto não precisa de ser notificado, devendo considerar-se perfeito a partir do momento em que ele é praticado.²⁹⁹ O que mais uma vez evidencia a tendência objectivista de alguns modelos administrativos, que deixam de parte elementos importantes como fazer depender a eficácia do acto a sua notificação, de modo a evitarmos surpresas para os cidadãos que muitas vezes não terão como se defender face à actuação “secreta” da administração, é preciso preparar o cidadão alvo da decisão particularmente se ela for de sentido negativo.

Ligada à obrigação de notificação temos; a garantia dos cidadãos em relação à exteriorização do conteúdo do acto da administração, integração da sua eficácia e constituição de certeza legal da cognoscibilidade do acto administrativo por parte dos interessados.³⁰⁰

Um regime compatível com o princípio do Estado de direito deve condicionar a produção de efeitos jurídicos de um acto administrativo à notificação dos seus destinatários, sobre esta matéria não se pode admitir uma outra interpretação que não a ora apresentada, pois, *“o direito é a única forma possível de manifestação da actividade administrativa”*³⁰¹.

É preciso garantir que a informação chegue à conhecimento do seu destinatário, e que seja suficientemente esclarecedora, de tal forma que se ele quiser impugnar o acto, detem os elementos essenciais e relevantes. Assim, impõe-se o apuramento das responsabilidades resultantes de uma notificação insuficiente, ou até mesmo uma omissão, para que se possa em seguida aplicar o direito aos factos, sancionando se for

²⁹⁸ Neste sentido Sérvulo Correia, Inexistência e insuficiência de notificação do acto administrativo, *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello, vol I Coimbra Editora 2006 p 586.

²⁹⁹ Pedro Gonçalves, Notificação... p 1095.

³⁰⁰ Sérvulo Correia, Inexistência... obcit... p590.

³⁰¹ Rui Lanceiro, ob cit..p 1152.

o caso, a entidade responsável pela omissão ou irregularidade. Dada proximidade entre o dever de notificação e o dever de informar os cidadãos, alguma doutrina defende a aplicação das sanções resultantes da omissão de dever de informar, às violações do dever de notificação.³⁰²

Tudo o que se disse acima a respeito da necessidade de se buscar um procedimento adequado e justo que realize em todas as suas dimensões os princípios da justiça, segurança jurídica, certeza, Estado de direito, respeito pelos interesses dos cidadãos, prossecução do interesse público etc, precisamos efectivamente de garantir dois aspectos; que a administração pondere convenientemente os vários elementos em jogo e assegure que o cidadão e todos os interessados participem no procedimento. As ideias acima avançadas resumem-se na garantia de participação, em torno da qual vão girar os outros direitos. Sem esta participação nem se quer podemos falar de direito à informação ou notificação. Por conseguinte, teremos duas perspectivas no procedimento justo, uma a objectiva, que tem sobretudo a ver com a legalidade no cumprimento das etapas do procedimento, incluindo nessa dimensão a necessária discricionariedade para que se realize da melhor forma possível o interesse público, a outra a subjectiva, relacionada com o asseguramento da participação dos cidadãos no procedimento uma participação que se quer “generosa”, permitindo que ele intervenha no procedimento em qualquer das suas fases, sem ter que esperar pela realização da audiência dos interessados, que no entanto, não deve anular outras possibilidades de participação.

As exigências de garantia de participação nos procedimentos administrativos estão ancoradas nas clássicas questões relativas aos modelos democráticos a serem seguidos, na variação contextual e sazonal entre a democracia participativa e a democracia representativa³⁰³, desta forma, e tendo em consideração as diferenças

³⁰² Pedro Gonçalves, Notificação...ob cit... p1092.

³⁰³ Diogo Figueiredo de Moreira Neto, alude a um ciclo de poder, o qual englobaria; “(i) destinação, (ii) atribuição, (iii) exercício, (iv) distribuição, (v) contenção, (vi) detenção. Restringir a democracia ao último momento do ciclo, acabaria por desvirtuar, se não aniquilar o seu significado. Entretanto, embora o fenómeno da democracia, participativa encontre-se em expansão em todo o mundo, importa ressaltar a importância de conciliá-la com a lógica democrática ainda dominante, ou seja, a democracia representativa. Odete Medauar aponta que uma das justificativas para o alargamento da participação administrativa seria a perda da ascendência, de facto, do legislativo sobre o executivo e a Administração e na dúvida quanto à adequada representação de valores e interesse da população, pelos integrantes do

entre as duas situações no entanto comparáveis, podemos afirmar que os efeitos decorrentes da opção pela democracia participativa, equiparam-se aos que resultam da possibilidade conferida ao cidadão de participar no Procedimento Administrativo.

Um entendimento generoso do princípio da participação no procedimento justificou a institucionalização da figura da concertação das decisões, entre os órgãos públicos e os cidadãos, que mais do que qualquer outro fenómeno, confere uma acentuada legitimidade à decisão³⁰⁴ e conduz a uma maior aceitação por parte dos seus

legislativo. Entretanto, indica a autora que favoravelmente à participação, poder-se-ia defender que a mesma permite aprimoramento da conduta dos parlamentares ante o paralelismo da actuação popular e pode-se ponderar que se trata de mais um meio de compatibilizar as decisões estatais às aspirações e reais interesses da colectividade. André Molitor posiciona-se favoravelmente à participação, enfatizando que as práticas participativas longe de colocarem em risco os sistemas representativos, poderão afastar o peso da burocracia que se encontra em suas bases. Para Baptista Machado por meio da participação reencontram-se, em convergência, os dois valores da democraticidade um que vai buscar a sua origem ao sufrágio político universal, outro que procura harmonizar a acção do Estado, com os interesses necessidades, votos expressos, pelos grupos sociais organizados e activos através dos quais uma sociedade pluralista se manifesta. É Boaventura Sousa Santos que apresenta soluções para o que denomina problema democrático a (necessária) compatibilização e um determinado país da democracia representativa com a democracia participativa. A primeira solução é a que admite a coexistência entre as duas espécies democráticas: a democracia representativa em nível nacional, convivendo com a democracia participativa em nível local. A segunda solução seria a complementaridade, que expressaria uma articulação mais intensa entre as duas espécies de democracia. Aqui pressupõe-se que o Governo reconheça a substituição de parte do processo de representação e deliberação típicos da democracia representativa, por mecanismos e procedimentos típicos da democracia participativa (vg formas públicas de monitoramento, processos de deliberação pública). O objectivo da complementaridade para o autor, é associar ao processo de fortalecimento da democracia local, formas de renovação cultural ligadas a uma nova institucionalidade política que recoloca na pauta democrática as questões de pluralidade cultural e da necessidade de inclusão social. A complementaridade seria diferente da coexistência, pois implica uma decisão da sociedade política de ampliar a participação em nível local através da transferência ou devolução para formas participativas de deliberação de prerrogativas decisórias a princípio detidas pelos governantes. Enquanto a coexistência da democracia representativa com a democracia participativa prevaleceria nos países centrais, a complementaridade entre ambas emergiria nos países semiperiféricos, e periféricos. É na originalidade das novas formas de experimentação institucional que podem estar os principais emancipatórios ainda presentes nas sociedades contemporâneas. Boaventura de Sousa Santos propõe três teses para o fortalecimento da democracia participativa; (i) fortalecimento pela demodiversidade, com a ampliação da deliberação pública e da intensificação da participação, (ii) fortalecimento da articulação contra-hegemónica entre o local e global; (iii) ampliação do experimentalismo democrático, no sentido de que as práticas bem sucedidas de participação originam-se em sociais, nas quais o formato da participação foi sendo adquirido experimentalmente". Gustavo Henrique Justino de Oliveira, Participação Administrativa, Revista electrónica sobre a reforma do Estado, nº 3, Setembro Outubro e Novembro, 2005 p11-12.

³⁰⁴ "O procedimento, ao garantir o contraditório, a transparência e a participação de todos os interesses envolvidos, oferece, segundo alguns autores, a alternativa para a legitimação das AAI. Numa palavra, a sua legitimação não deriva da democracia política, mas da "democracia procedimental". Acresce que a participação dos interessados nas decisões das AAI traz potenciais vantagens recíprocas. Aos regulados é dada a possibilidade de apresentarem os seus pontos de vista e de influenciarem as decisões. Ela propicia às entidades reguladoras um maior conhecimento do sector e dos interesses em jogo, permitindo uma intervenção mais rápida e aderente à realidade, contribuindo para reduzir a contestação judicial". Vital

destinatários, na medida em que o instituto tem um efeito aglutinador, converte o cidadão em parte integrante da administração, contribuindo para o abandono da ideia segundo a qual a administração e os cidadãos estão em lados opostos.

Privilegia-se a busca de soluções negociadas, sem que no entanto a administração perca o seu poder de autoridade, porquanto trata-se de um fenómeno cuja adesão está dependente da vontade das partes, ademais, o poder de criar institutos similares ao que aqui analisamos pertence ao estado, que o efectiva no exercício da função legislativa.

A concertação³⁰⁵ confere dinâmica e privilegia a interacção entre as partes, e permite encarar a participação não apenas como mecanismo de defesa dos cidadãos, mas como meio por via do qual, se vai controlar a formação da vontade da administração, que agora por via do espaço conferido ao cidadão, está mais virada a cumprir exigências que decorrem do princípio da eficiência³⁰⁶ e da razoabilidade³⁰⁷.

Moreira e Fernanda Maças, Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e projecto de Lei-Quadro, Coimbra editora 2003 p 47-48.

³⁰⁵ Sobre o fenómeno, Pedro Machete, A audiência...ob cit... p 351 ss.

³⁰⁶ “A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)”.Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Mutações do Direito Administrativo, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p 41.

³⁰⁷ “O Estado administrativo se constituiu historicamente como um Estado regulador. A doutrina elenca semelhanças estruturais entre a evolução do direito administrativo nos Estados Unidos da América (EUA) e os novos institutos do NDA. Entre essas tendências destacam-se as seguintes: (i)a introdução de novas formas de “*governance*” privada na Administração Pública (a partir do movimento de “*New Public Management*”), incluindo a recompreensão de princípios como a transparência e a eficiência; (ii)a transferência dos centros de decisão administrativa para autoridades independentes e autónomas, desvinculadas da organização estatal tradicional e operando com critérios dotados de uma importante carga de tecnicidade; (iii) a globalização das relações administrativas e a inserção de novos atores globais e/ou internacionais no cenário de políticas públicas e regulação; e, por fim, (iv) a visão moderna dos princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança legítima dos administrados. No âmbito do Estado regulador norte-americano, a consagração do princípio da participação ocorreu como forma de limitação e controlo do poder regulamentar das autoridades reguladoras (as chamadas “*independent agencies*”).A preocupação com a necessidade de controlo de tais autoridades, à semelhança das instituições constituídas no âmbito do NDA, fez com que o Congresso norte-americano aprovasse, em junho de 1946, o “*Administrative Procedure Act*” (APA). Ao determinar que as agências incorporassem o direito à participação no processo de formação de suas normas, o APA incorporou um elemento popular e político na formação dos regimes regulatórios, conferindo legitimidade procedimental às decisões administrativas. Esse direito procedimental é controlado judicialmente, garantindo a defesa e audição de grupos porventura não consultados. O direito de participação previsto no APA baseia-se em dois princípios correlatos: informação e controlo (“*accountability*”). Além disso, ocorre por meio da submissão de comentários às propostas de regulamentos por parte dos interessados (“*notice-and-comment*”), ou

O procedimento como momento preferencial para a resolução de conflitos decorrentes de interesses públicos e privados, deve atender para que se efectue uma melhor composição entre estes dois aspectos, a participação dos cidadãos directa e indirectamente visados pela decisão. Esta última ideia permite que eles participem em todas as fases do procedimento, como já referimos, para conhecer o objecto do acto que se quer praticar, solicitando diligências com a finalidade de fortalecer o seu ponto de vista que pretende ver vincado no procedimento e na decisão.

A ligação entre a participação e os princípios democrático, do Estado de direito e do Estado social, permite realizar três importantes objectivos intrínsecos ao procedimento administrativo; objectivos de natureza política, jurídica e administrativa, relacionados à decisões que sejam alvo de controlo por parte dos cidadãos, que frequentemente se informam e exigem da administração uma actuação pública e cada vez mais transparente, como resultado da defesa das suas posições, garantida pela intervenção no procedimento, paralelamente realizada através da congregação dos vários cidadãos e grupos para que possam participar na formação da vontade da administração, tendo em conta a colaboração individual, na realização e busca pelo bem comum.³⁰⁸

A participação no procedimento³⁰⁹ permite ainda resolver determinados problemas, que não seriam ultrapassados convenientemente pelos tribunais, deste modo, fala-se de uma superação das eventuais deficiências da tutela contenciosa. Por outro lado, com a participação o cidadão pode ter uma perspectiva do que pode vir a

ainda por meio da realização de *audiências públicas sobre temas específicos*, com o propósito de assegurar que as normas e decisões administrativas estejam dentro do padrão de *razoabilidade*, bem como que não conflituem com a Constituição norte-americana. Além dos parâmetros de participação previstos no APA, o direito norte-americano destacou-se ainda historicamente pelas garantias formais de participação dos cidadãos. Em uma perspectiva moderna, a efectividade do princípio veio evoluindo para uma concepção mais negociada dos actos administrativos, consagrando a reunião de interesses entre entidades públicas e privadas a fim de buscar soluções regulatórias mais eficientes. Neste sentido, as decisões administrativas tomadas pelos Estados norte-americanos formalmente buscam o desenvolvimento da ampla participação das partes interessadas e do público, como forma de promover a prestação de contas, assegurando o aumento da confiança e da troca de informações e conhecimentos entre os atores públicos e privados”. Víctor Aguiar Jacuru, Princípio da Participação, disponível em: https://wikiglaw.fd.uc.pt/mediawiki/index.php/Princípio_da_Participação.

³⁰⁸ David Duarte, Procedimentalização...ob cit... p 165-166.

³⁰⁹ Sobre as várias formas de participação e suas vantagens, Baptista Machado, Participação e descentralização democratização e neutralidade na Constituição de 76, Almedina Coimbra 1982 p 35 ss e 115 ss.

ser a decisão, e por conseguinte estará em melhores condições de reagir ou de interiorizá-la.³¹⁰

Importa sobretudo, porque estamos a reflectir em torno dos elementos de um procedimento justo e adequado, definir os termos em que será feita esta participação, ou seja quem pode participar no Procedimento Administrativo. Estão classicamente definidos os critérios gerais balizadores da intervenção dos cidadãos no procedimento, mormente por via da legitimidade aferida em função da titularidade de direitos subjectivos ou de interesses legalmente protegidos³¹¹, os primeiros conferem aos cidadãos a possibilidade de intervir no procedimento e nele obter uma decisão que lhe seja favorável, ao passo que os segundos permitem apenas que as decisões desfavoráveis aos cidadãos sejam tomadas em obediência à lei.

De qualquer das formas, a principal referência no que o apuramento da legitimidade diz respeito, deve ser a afectação das posições subjectivas dos particulares, em função da qual este poderá agir em ordem a defendê-las³¹². Havendo com isso o alargamento do âmbito da legitimidade, permitindo incluir os cidadãos que detenham simples interesses na decisão, não apenas os que contendem com a decisão impedindo a sua exteriorização, mas também aqueles que pretendem que ela seja toma, ou seja; não apenas aqueles que podem ser destinatários directos, mas igualmente os que de forma eventual, sofram os efeitos indirectos e reflexos da actuação administrativa.

Entre nós e face ao quadro actual, impõe-se o alargamento ou revisão do âmbito da legitimidade para intervir no procedimento administrativo concebido a partir dos conceitos de direitos subjectivo e interesse legalmente protegido³¹³, porquanto já não

³¹⁰ David Duarte, Procedimentalização...ob cit... p 167.

³¹¹ Sobre esta temática Vieira de Andrade, O dever... ob cit...p 103 ss. Mário Esteves de Oliveira, João Pacheco Amorim e Pedro Gonçalves, Código do...ob cit...p 270ss. António Francisco de Sousa, Código do Procedimento... ob cit... p 201ss. Obra colectiva sobre, comentários À revisão do Código de Procedimento Administrativo, com Fausto de Quadros, José Manuel Sérulo Correia, Rui Machete, Vieira de Andrade Maria da Glória Dias Garca, Mário Aroso de Almeida, António Henriques José Miguel Sardinha. Almedina 2016 p 159

³¹² Ana Neves, p 33, Legitimidade processual do participante de situação qualificável como infracção disciplinar – Acórdão do STA DE 15.1.1997, Caderno de Justiça Administrativa nº9, Maio/Junho de 1998 p 33.

³¹³ Sobre os inconvenientes para aferir a legitimidade para intervir no Contencioso Administrativo, vide, José Duarte Coimbra, A «legitimidade» do Interesse na Legitimidade Activa de Particulares para impugnação de actos administrativos 2013.

servem às novas exigências postuladas pela sociedade que se quer mais cooperativa e consensualizada, no que ao exercício da função administrativa diz respeito. Por outro lado, estes conceitos têm servido de fundamento para afastar pessoas que deveriam, - em função do prejuízo que a decisão lhe pode causar- participar no procedimento. Situações em que o imóvel foi desconfiscado e os cidadãos que o habitavam não poderiam ser ouvidas pois não tinham legitimidade para o efeito. É claro que na vertente do direito subjectivo e do interesse legalmente protegido, as pretensões das partes podiam ser devidamente acauteladas, no entanto, a forma como estão concebidos e descritos os conceitos facilita a exclusão dos cidadãos democraticamente legitimados a participar no processo decisório.

É por causa desta situação que deveria ser alargado o âmbito da legitimidade para os cidadãos intervirem no procedimento³¹⁴, e ao invés da expressão retromencionada poderia ser usada outra: interesse em participar no procedimento, transferindo para o próprio cidadão, a responsabilidade para decidir se participa ou não³¹⁵. Para tal, a própria administração poderá escalonar por auxílio da lei, os participantes em razão do interesse eventualmente a ser afectado pela futura decisão³¹⁶. Após a hierarquização serão definidos os prazos e as formas de intervenção

³¹⁴ Sobre esta temática tenhamos em atenção as seguintes palavras; “La legitimación de una persona para actuar en un procedimiento administrativo en calidad de interesado –sea iniciándolo o apersonándose durante su sustanciación y hasta antes de haberse dictado resolución definitiva–, requiere la invocación de un derecho o interés individual o colectivo (art. 21). La amplitud de esta formulación hace concluir, en principio, que cualquier persona puede actuar dentro de un procedimiento administrativo y que la autoridad administrativa tiene negada cualquier facultad de discriminar respecto de quien puede apersonarse en el expediente. Esta idea es, en sede administrativa, el correlato del derecho a la acción, es decir, del derecho que tiene toda persona de ocurrir por vía jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos (arts. 19 Nº 3; 38.2; y 76, CPR). La clasificación de tipos de interesados que se contiene en la ley (art. 21) no tiene mayor importancia procedimental, puesto que se concede formalmente a todos ellos unos mismos derechos”. Claudio Moraga Klenner, Procedimiento administrativo chileno, Tendencias actuales del procedimiento administrativo em Latinoamérica y Europa, Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke (Coordinadores), Eudeba Universidad de Buenos Aires, 2011 p 379.

³¹⁵ “Importa distinguir a participação dialógica e a co-constitutiva, sendo a última dirigida aos cidadãos directamente ligados à decisão, o que não exclui os restantes cidadãos de exercerem os seus direitos no âmbito da participação dialógica”. Sobre a distinção entre as duas formas de participação e a missão funcional e garantística, dentre outros, veja, Sérvulo Correia, Direito à Informação...ob cit..p 147ss.

³¹⁶ “Ahora bien, la titularidad de unos derechos que se pueden hacer valer ante la Administración, hace que quienes están llamados a ejercerlos sean entonces interesados per se, esto es, sin necesidad de haber tenido que iniciar el procedimiento o de apersonarse o comparecer en un procedimiento ya abierto y en sustanciación. En cuanto tales, se trata muy probablemente de destinatarios directos o primarios del acto administrativo, pero que no se han apersonado al mismo, sino que han dejado la iniciativa a la propia Administración para que actúe de oficio. Además, cabe incorporar dentro de esta categoría a todas las

dos vários cidadãos. Nesta escala poderão constar várias formas de participação, desde a emissão de pareceres em grupos como forma de racionalizá-la e otimizar a perspectiva de inclusão social que ajudará a combater entre nós, o alto *deficit* de intervenção dos cidadãos na gestão pública, situação que faz da administração única responsável pela decisão administrativa.

Trata-se sobretudo de evidenciar e agregar outras formas de participação do cidadão, particularmente àquela que a doutrina Italiana denomina de *uti cives*, assente na ideia de participação como pressuposto do exercício de cidadania, na senda das reflexões dos gregos, em que aquela era definida em função da participação dos cidadãos nos assuntos da cidade, a pólis, daí a expressão política. Nesta tipologia de participação, o cidadão intervém não porque é titular de um direito subjectivo ou de um interesse legalmente protegido, mas sobretudo porque está interessado na tomada da melhor decisão pela administração, visando a realização eficiente e eficaz da almejada aproximação entre estado e sociedade³¹⁷.

A repercussão social da acto administrativo³¹⁸ a ser praticado, poderá determinar o tipo de participação mais alargada ou não, e os cidadãos interessados em participar em

personas que no siendo destinatarias primárias del acto administrativo, puedan verse afectadas de un modo negativo por el cumplimiento y ejecución de dicho acto. En este caso se encuentra, por ejemplo, la persona natural que participa en un concurso para ocupar un cargo público, pero a quien no le es adjudicado el empleo, en definitiva. Las personas que no invocan un derecho, sino solamente intereses, de carácter individual o colectivo, y que pueden resultar afectados por la resolución o acto administrativo terminal y se apersonan en el procedimiento en tanto no haya recaído en él resolución definitiva. Estas personas son interesados dependiendo de la propia actitud que asumen frente a un procedimiento ya abierto y en curso. Este último caso se refiere, además, a personas que no son titulares de derechos, sino solamente de intereses que pueden verse afectados, y a los cuales, en su defensa, la ley les exige una necesaria actividad dentro del procedimiento administrativo". Claudio Moraga Klenner, ob cit...p 481.

³¹⁷ José Carlos Gonçalves Simões Loureiro, O Procedimento Administrativo...ob cit...p 251.

³¹⁸ "Los actos de la Administración que generalmente suscitan acciones cívicas de protesta suelen ser resoluciones en los procedimientos de planeamiento o autorizaciones de empresas, como, por ejemplo, la autorización de una central eléctrica de carbón, en la que la Administración suele disponer, por regla general, de un margen amplio de discrecionalidad. Pero la ejecución de la legislación, aun democráticamente legitimada, no legitima, de por sí a su vez, por completo los actos administrativos. Esto es aplicable especialmente al ámbito de una Administración de planeamiento final y no condicional. En el procedimiento de aprobación de planes no es el legislador, sino la Administración la que decidirá a qué objetivos deberá atenerse o qué compromiso deberá tomar entre los objetivos distintos y contradictorios a la hora de dictar los actos administrativos. Entre toda una serie de objetivos jurídicamente posibles, la Administración deberá fijar sus propios objetivos finales en la planificación de carreteras, autopistas o vertederos y llegar a algún compromiso entre objetivos opuestos. En ámbitos como el de la protección medioambiental y de las previsiones energéticas, los objetivos de los actos administrativos, regulados legalmente, gozarán con seguridad de una amplia aprobación social. La falta de consenso comenzará a la hora de llegar a acuerdos entre objetivos contradictorios, como pueden serlo, por ejemplo, la protección

função das directrizes passadas pela administração poderão fazê-lo dentro de prazos e por várias formas. Outros direitos como por exemplo, a consulta do processo e passagens de certidões, poderão ser exercidos apenas por aqueles que forem escalonados em primeiro lugar, porque afectados de maneira mais gravosa pela eventual decisão, ou porque beneficiarão dela. As peças obtidas neste processo participativo, poderão em função da relevância do conteúdo, integrá-lo.

Contra esta ideia poderá avançar-se o argumento da ineficiência que o modelo pode causar na medida em que exige a audição de um número relativamente elevado de pessoas³¹⁹, mesmo aquelas que não seriam afectadas pela decisão, mas que em nome do princípio da colaboração e tendo em atenção às valências que a sua intervenção pode acrescentar ao procedimento, pretendem dar o seu contributo³²⁰. Contratando este argumento pode ser apresentado outro, que tem as suas raízes na ponderação dos interesses em jogo, o que nos leva a reflectir acerca da seguinte questão; entre a eficiência³²¹ e a melhor realização do interesse público, enformado pela participação cognoscitiva, qual deveria ser a opção? Em primeiro lugar, o modelo proposto assenta na existência de prazos apertados em que os cidadãos interessados poderão exercer os seus direitos e por outro lado, se vários cidadãos por exemplo manifestarem a mesma opinião não serão ouvidos individualmente, mas em grupo e a sua opinião será registada e se for

del medio ambiente y el abastecimiento de energía. Es decir, que el legislador no encontrará demasiadas dificultades en la regulación consensuada de la fijación de objetivos de los actos administrativos. Los verdaderos problemas de aceptación surgen a la hora de tratar de llegar a acuerdos en el ámbito administrativo. Esta situación conlleva una considerable presión política sobre la Administración, lo que se plasma en el aumento de protesta ciudadana”. Thomas Würtenberger, Aceptación...ob cit... p 317.

³¹⁹ “Uma prevenção, todavia, se impõe, antes de continuar a exposição: a pressa é inimiga da perfeição. Ou seja, quanto mais se aligeirem procedimentos, tendencialmente menor é a virtualidade de estes revelarem uma equilibrada ponderação dos interesses em jogo, facto que pode comprometer, não só a validade jurídica da decisão, como a aceitabilidade social do projecto. Fica o alerta de GOMES CANOTILHO, no sentido de que “a eliminação de alguns passos procedimentais e a conquista de uma melhor coordenação nunca podem perder de vista que, por vezes, a ganhar tempo se perde afinal tempo. A pressa impede a radicação de uma aceitação pública alargada, neutralizando eventualmente momentos democráticos relevantes como as audiências públicas e a publicitação do projecto. Cumpre, assim, identificar o núcleo intangível de cada procedimento antes de proceder a qualquer manobra de agilização”. Carla Amado Gomes, Risco e Modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente, Edição digital (e-book) Lisboa - Setembro de 2012, p373-374

³²⁰ Neste sentido, Vasco Pereira da Silva, Em busca...ob cit...p 427.

³²¹ “Na construção peculiar de Duguit, a participação do pessoal na gestão dos serviços públicos, sob a forma de co-gestão ou autogestão, era o ponto de reforma da administração burocrática e hierárquica tradicional, mediante a descentralização administrativa sectorial (descentralização por serviços) que deveria ser generalizada, com alternativa à descentralização territorial.” Vital Moreira, Administração Autónoma...ob cit...p 41

relevante adicionada ao processo. Em segundo lugar, mais vale realizar da melhor maneira o interesse público por via da optimização da democracia participativa, que está na base do surgimento do estado, ao invés da eficiência que muitas vezes pode ser detentora de inúmeras injustiças, de tal sorte que deve haver equilíbrios na gestão dos elementos em questão.

Poderá ainda falar-se de uma ponderação feita pela administração, que consiste em decidir se os cidadãos participam ou não, por referência aos aspectos que cada um dos elementos a ponderar oferecer³²².

A propósito da temática tenhamos em conta as palavras do Professor Figueiredo dias;

“ É indesmentível que houve uma grande modernização e renovação das formas de acção adminsitrativa, com o desenvolvimento de formas mais participadas, cooperativas, apelando ao consenso e ao entendimento com a sociedade civil, num esforço de melhorar a sua aceitação; formas mais desmaterializadas, mais privatizadas, onde a dimensão procedimental é cada vez mais relevante; novos contornos assumidos pelas formas tradicionais, agora informatizadas, europeizadas, globalizadas; e o reforço da componente reflexiva das formas emergentes da própria comunidade regulada (auto regulação)”.³²³

Cumpre avançar algumas ideias acerca das fases ou momentos que devem integrar o Procedimento Administrativo, para que seja qualificado como adequadamente justo e devidamente alinhado com a prossecução do interesse público na sua melhor acepção, na medida em que se mantem fiel ao respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

³²² No procedimento de atribuição de uma licença de construção, apenas em face do projecto concretamente apresentado vai ser possível apurar os sujeitos legitimados a figurarem aí como interessados. Francisco Paes Marques, Os interessados no novo Código de Procedimento Administrativo, *in* Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo vol I 2016 3ª edição AAFDL p 608.

³²³ José Eduardo Figueiredo Dias, A Reinvenção da autorização administrativa no Direito do Ambiente, Coimbra Editora 2014 p735.

Independentemente das fases constitutivas³²⁴ de um procedimento, importa referir que ele deve assentar na participação ampla do cidadão, que não se deve limitar à audiência dos interessados. Muitas vezes privilegia-se esta como momento alto do procedimento no que a intervenção dos cidadãos se diz respeito, e postergam-se os outros momentos em que igualmente o cidadão deve pronunciar-se, ora é importante deixar claro que ao cidadão deve ser conferida a possibilidade de participar quantitativa e qualitativamente no procedimento, desde que este aspecto esteja garantido, teremos um procedimento justo.

Enfim, as exigências decorrentes do Estado democrático e de direito, particularmente de um dos seus integrantes, a dimensão da democracia, juntamente com os direitos fundamentais, formam ideias basilares que irradiam por todo o ordenamento a perspectiva de um Procedimento Administrativo justo³²⁵. Neste sentido não se pode ignorar o papel do legislador na concretização dos principais enunciados, que vão determinar a consagração de modelos jurídica e democraticamente justos. No entanto estes modelos independentemente das suas raízes, deverão assentar em cinco elementos fundamentais se quiserem ser considerados como consagradores de um

³²⁴ João Caupers na obra *Introdução à Ciência da Administração Pública*, Âncora editora, 2002 p 171 ss, estrutura o procedimento da seguinte forma: Iniciativa, ponderações, preparação, tomada de decisão. David Duarte na obra já citada, *Procedimentalização...* p 121, apresenta 4 fases, integrantes de um procedimento; a iniciativa, instrução, decisão e a fase integrativa e de eficácia. Nos mesmos termos Diana-Urania Galetta *La Ley Italiana 241/90 de Procedimiento Administrativo*, p241 obra colectiva já referenciada, *Tendencias...* “El procedimiento se divide tradicionalmente en cuatro etapas: la etapa inicial, la etapa instructoria, la etapa decisoria y la etapa integrativa de la eficacia. No obstante, no todos los procedimientos contienen las cuatro etapas: esto vale, en particular, como veremos, para la etapa integrativa de la eficacia. Además, existen procedimientos que tienen una estructura mucho más compleja al ser articulados, a su vez, en subprocedimientos”.

³²⁵ “Faz parte dos princípios do Estado de direito que a actuação do Estado tenha lugar de acordo com determinadas regras do jogo. Esta ideia teve, por vezes, uma formulação precisa na tese de que as decisões do Estado encontravam a sua legitimação não através de critérios de conteúdo da justiça, mas apenas pelo modo do procedimento em que são originadas: tem de ser dada a todos os interessados uma oportunidade franca de tomarem parte no procedimento e de fazerem a sua exposição dos factos e de apresentarem a sua opinião jurídica; a instância decisória tem de agir imparcialmente e sem unilateralidade; o procedimento tem de decorrer sob o controlo do público. São as exigências clássicas da “justiça procedimental”, e é, desde logo, compreensível que uma decisão apenas seja aceitável se foi tomada através de um procedimento que satisfaça estes princípios. Faz parte das garantias essenciais da decisão racional e, assim, dos mais importantes princípios de justiça procedimental que as decisões sejam tomadas com a maior distância possível em realção aos interesses sobre os quais se vai julgar. Expressões desta máxima encontram-se, para os parlamentares, no princípio da presenteação sem mandato e para os funcionários públicos e juízes, no preceito da imparcialidade”. Reinhold Zippelius, *Filosofia do Direito*, Quid Juris sociedade editora, 2010 p 308-309.

Procedimento Administrativo justo³²⁶; (i) participação dos cidadãos no processo de tomada de decisão a vários níveis; (ii) informação relativamente ao andamento do procedimento, seus contornos, bem como actos praticados e a serem praticados, com fortes implicações para os modos de exteriorização das decisões tomadas que devem sempre chegar ao conhecimento dos cidadãos em geral; (iii) fundamentação das decisões tomadas, como elemento facilitador da interacção com os cidadãos destinatários do acto, evitando-se por via disso eventuais acções judiciais; (iv) eficiência na actuação, de modo a impedir que os objectivos visados pela acção administrativa sejam inutilizados pelo tempo, e que se tenha a perspectiva de usar unicamente os meios que podem conduzir a tomada da melhor decisão; (v) ligada a ideia de justiça, não que os outros não estejam, encontramos as exigências de imparcialidade³²⁷ na actuação administrativa, de modo a garantir que o interesse público seja sempre realizado da melhor maneira possível e que se mantenha firme a crença na administração pelos cidadãos, através da sua moralidade.

Eis as ideias teóricas acerca dos padrões a serem seguidos pela administração de modo a aferir-se a justiça do Procedimento Administrativo. Estes aspectos se vão materializar na prática, no dia a dia da administração, no seu relacionamento com os cidadãos, com particular ênfase para a instrução enquanto fase procedimental, em que a administração em regra, “pode tudo...”

1.Os contornos da Instrução.

Já afirmamos em outra altura, que o curso do procedimento determina em grande medida o tipo de decisão tomada pela Administração Pública, neste sentido a boa ou má decisão é justificada pelos passos que esta seguiu no seu processo formativo. Dá a relevância da estruturação do procedimento e a definição dos actos que devem ser praticados em cada uma das fases que o integram. No geral existe uma indicação dos tipos

³²⁶ José Carlos Gonçalves Simões Loureiro, O Procedimento Administrativo...ob cit...p 256-257.

³²⁷ Sobre o princípio da imparcialidade, Vieira de Andrade, A imparcialidade da Administração como princípio constitucional, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1974. Artur António Grando, O Princípio da Imparcialidade como limite ao exercício do poder discricionário, Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos, N.OS 18/21 2012.

de actos a serem praticados em cada um dos momentos, no entanto esta descrição afigura-se generalista, ou exemplificativa (por exemplo como conduzir a audiência dos interessados e que tipo de perguntas formular, são questões que não estão definidas legalmente, cabendo ao instrutor do procedimento, seguir as melhores vias para as realizar e, com isso, atingir os objectivos do procedimento administrativo) e não taxativa, porquanto é conferido à administração um poder ou faculdade para em algumas situações, concretizar da melhor maneira possível as normas administrativas, dada a insuficiência do legislador para prever detalhadamente todas as questões da vida social. Dentre todas as fases do procedimento, àquela em que a administração exerce maiores poderes discricionários dada a sua amplitude, relevância e devido aos desafios por ela colocados e enfrentados, que não se compaginam com as exigências de legalidade, bem com a sua importância para a “descoberta da verdade material”, é a da instrução, se calhar é por isso que em alguns ordenamentos esta é a fase que mais tempo deve durar.

Com exclusão da iniciativa e da decisão acompanhada da respectiva notificação aos destinatários, a instrução domina todo o procedimento, daí que tenhamos afirmado que ao cidadão deve ser conferida a faculdade para intervir no procedimento a qualquer altura e com todos os meios possíveis, pois que em cada momento e com exclusão de matérias secretas, -dada sua relevância para a decisão e para o interesse público – ele dever exercer o contraditório ou confirmar as descobertas da administração e não concentrar este momento na audiência³²⁸ em que muitas vezes os problemas não são discutidos com a veemência necessária, pois o decurso do tempo pode retirar das partes o fulgor para resolução, exigido pela natureza dos problemas em discussão. Sem falar das limitações da audiência dos interessados que dado o seu formato não permite que se discutam os problemas com a necessária abrangência.

Isto posto, parece não resultar dúvidas em como a instrução releva para a decisão final e portanto deve merecer toda a nossa atenção, daí que tenhamos feito nos temas anteriores uma apresentação dos elementos que nos permitem controlar o uso da discricionariedade administrativa, porquanto ela abunda nesta fase do procedimento. O

³²⁸ Celso Bandeira de Mello, por exemplo entende que a audiência das partes deve ser realizada na fase da instrução do Procedimento Administrativo. Celso Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo ob cit... p 509.

objectivo era fazer a ligação com o que iremos discutir agora, não fosse este um dos temas principais da nossa abordagem, pois em parte corresponde ao título da na nossa monografia.

Nestes termos, precisamos de abordar os contornos da instrução, não obstante inexistência de um catálogo sobre os passos a serem seguidos nesta fase, é possível estabelecer padrões que enquanto práticas reiteradas podem ser adoptadas em vários procedimentos, sendo que em alguns casos em função das particularidades em voga, a aplicação de tal modelo poderá sofrer alterações.

É classicamente conhecida a função principal da instrução, em qualquer dos sectores em que ela é aplicada ao nível do Direito Administrativo procedimental, uma vez instaurado o procedimento e porque ele terá sempre um objectivo, a tomada de decisão, que pode pender para um sentido positivo ou negativo, caberá à administração reunir os elementos necessários para o alcance daquele, com verdade objectividade e acima de tudo transparência³²⁹, para o efeito, terá de ir a busca dos elementos para melhor decidir. Nos casos de procedimentos iniciados por impulso dos particulares o órgão instrutor terá de investigar para comprovar a veracidade dos factos avançados pelos requerentes e se estes no cômputo geral, subsumidos ao direito conduzem a uma ou outra decisão. Portanto nesta fase, um aspecto importante é a prova dos factos trazidos a superfície pelas partes envolvidas, sejam particulares ou entidades administrativas. Contudo, as coisas não se processam desta maneira quando o procedimento é impulsionado pela Administração Pública, o que não dispensa a instrução, que no caso poderá servir para que a esta entre em contacto com os factos, elenque os valores em causa de modo a ponderar na altura da tomada de decisão.

³²⁹ “Se por isso, num meritório preceito inovador, o CPA de 2015 atribui a devida ênfase ao conceito de relação jurídica procedimental (artigo 65º) privilegiando a posição procedimental dos sujeitos que se relacionam com a Administração, tem de concluir-se que a fase instrutória do procedimento, na qual a Administração e os administrados congregam todos os elementos probatórios relevantes para o apuramento da verdade material e para o conhecimento dos interesses afectados pela prospectiva decisão – numa palavra: criando condições para a ponderação de interesses – longe de poder ficar menosprezada pela ciência jusadministrativa, merece uma redobrada ênfase como matéria nobre do Direito Administrativo actual”. Pedro Fernández Sanches, A prova no CPA, Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo vol II, 3ª edição 2016, AAFDL, p 109. Sobre algumas diligências praticadas na instrução em especial, Paulo de Sousa Mendes, O Procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência, Direito sancionatório das autoridades reguladoras, Coimbra editora 2009 p 213.

Contando com a etapa inicial e a fase da decisão, a instrução é justamente o momento intermédio em que se vão expurgar os elementos desnecessários, de modo a eliminar qualquer dúvida por altura da decisão, daí a relevância desta e a sua intrínseca ligação com a última etapa do procedimento, a decisão.

A relevância que modernamente se concede ao procedimento, por força das circunstâncias, e acima de tudo por imposição arrebatadora não ditatorial mas convincente, é comunicável ao instituto da instrução, pois como afirmamos, em nenhum outro momento avaliam-se escrupulosamente os interesses públicos e privados intrínsecos a decisão a tomar, como se faz nesta fase acentuadamente investigativa e ponderativa. Esta ponderação faz-se essencialmente durante a instrução, como resultado as diligências efectuadas nesta altura, acabam por influenciar a avaliação final a ser feita por ocasião da tomada de decisão. De tal modo que é na fase da instrução em que se começa a desenhar a decisão final, porquanto nesta inicia-se a desbravar o caminho em função dos elementos carreados ao processo, uma vez concluída, já se pode ter uma ideia da decisão a preparar.³³⁰

A discricionariedade na instrução do procedimento administrativo resulta de uma norma que habilita a administração enveredar por um ou outro caminho, o que desde logo evidencia a existências de alternativas, relativamente aos quais esta terá de decidir quando quiser caminhar no que à sequência do itinerário procedimental diz respeito.

A instrução pressupõe uma série infindável de actos praticados ao abrigo de uma norma habilitadora, que ao mesmo tempo confere ao órgão instrutor autonomia suficiente para que a actividade procedimental seja conduzida de acordo com as exigências resultantes do princípio do interesse público, e da juridicidade. Como resultado, pode-se em sentido inverso afirmar que as acções instrutórias resultam de uma legalidade procedimental³³¹, melhor representada pela ideia da juridicidade, permitindo que sejam adoptadas quaisquer condutas principalmente nesta fase do procedimento administrativo. Cremos que é assim que inicialmente as coisas devem ser colocadas ao nível da instrução procedimental, para fazer uma colagem ao título do tema agora discutido, este é o início do caminho.

³³⁰ Neste sentido, Luís Filipe Colaço Antunes, O...ob cit... p 120.

³³¹ Neste sentido David Duarte, A Norma...ob cit...p 439.

Entretanto não se pode com isso pensar que apesar de algumas condutas não estarem explicitamente previstas na norma de legalidade procedimental, não devam obediência à juridicidade devido a sua discricionariedade, pelo contrário, as suas vinculações e referências serão sempre aferidas em função da decisão final, na medida em que tais actos são praticados ao abrigo de um conjunto de normas jurídico-administrativas.³³²

Do mais importante acto, - os que produzem efeitos directos ao nível do procedimento – aos menos importantes, fundamentalmente porque não têm efeitos directos na decisão a ser tomada pela administração, todos eles podem ser praticados ao abrigo da discricionariedade instrutória, que como afirmamos acima, parte sempre de um pressuposto normativo. No entanto tais condutas, estão intrinsecamente enformadas do dever ser e que por força disso não escapam ao escrutínio dos seus destinatários, ainda que fundamentadas na discricionariedade. Ademais, as condutas assumidas pela administração nesta fase do procedimento, podem assumir uma feição típica no sentido de serem devidamente descritas e especificadas pela norma habilitante e podem conviver com àquelas que não estão especificadas como resultado da autonomia procedimental, que no entanto podem abranger um domínio infindável que também pode ser modificado por força das alterações normativas.³³³

Por conseguinte, as ilegalidades decorrentes do exercício de poderes discricionários na fase de instrução, começam por ser antes violações às regras consagradas na norma habilitadora, e será em princípio a partir da contradição entre a conduta e àquela norma que poderemos encontrar a sanção aplicável ou não, pelo que o antagonismo terá de ser devidamente apurado.

Nesta medida, e este parece ser um domínio importante quando se discutem os contornos da discricionariedade instrutória, pode-se pensar como solução normativa - caso se pretenda dar mais objectividade à instrução na perspectiva garantística, e assim evitar o arbítrio da administração no uso de poderes discricionários, - minimizar a existência de acções instrutórias atípicas, em alternativa estabelecer acções devidamente especificadas, de modo que se possa perceber a sua amplitude e abrangência, seus propósitos e acima de

³³² David Duarte Norma...ob cit...p 444.

³³³ David Duarte, Norma...ob cit...p 455.

tudo, as circunstâncias em que podem ser usadas pelo órgão instrutor. Ainda assim é possível reconhecer a existência de acções que mesmo típicas conferem uma certa margem de liberdade ao executor, permitindo-lhe ao abrigo na norma habilitadora, concretizar uma das alternativas por si estipuladas. Outrossim, a tipicidade permite que se enverede por actos instrutórios padronizados de modo que a administração possa fazer uso destes em qualquer procedimento. O que de certa forma contribui para a celeridade e desburocratização do procedimento, enquanto valores que vinculam a acção do instrutor. Entretanto a padronização não retira a margem de liberdade de actuação antecedida da devida “acção reflexiva” do instrutor do procedimento, porquanto neste âmbito são reconhecidos poderes para adopção de actos discricionários atípicos, que por si só são a maior expressão de autonomia que a legalidade procedimental confere à administração.³³⁴

A norma habilitante confere discricionariedade ao órgão da administração mas ao mesmo tempo estabelece formas e meios que o orientarão no exercício destes poderes (o que implícita ou explicitamente pressupõe a existência de controlo), situação que se afigura como elemento averiguador da forma como àquele poder é exercido³³⁵. A norma que confere à administração poderes discricionários apresenta-se como limitativa a este exercício, mesmo que não defina os seus termos, porquanto a atribuição de tais poderes implica o respeito da regra segundo a qual, eles só existem se haver norma a apontar para este sentido. Por outro lado, mesmo que a norma não diga, ela será a principal referência do funcionário público quando quiser actuar na base de poderes discricionários, não podendo agir, sob pena de invalidade do acto, para lá dos limites normativos. Pode acontecer que o legislador na perspectiva de conferir maior margem de actuação à administração, confiando portanto nos seus poderes criativos, confira tais poderes sem contudo indicar os termos em que eles serão exercidos, o que por si só não constitui um problema, na medida em que a norma habilitadora continuará a funcionar como limite ao exercício de tais poderes. Ademais, a vinculação das condutas discricionárias não resultam apenas da norma habilitadora, antes encontram no próprio Direito sua maior referência,

³³⁴ David Duarte, Norma...ob cit...p 458.

³³⁵ Sobre a tipologia das normas que atribuem poderes à Administração, David Duarte, Norma...ob cit p 463.

quando se quiser aferir a sua validade ou invalidade. Daí que as duas tendências andem sempre unidas, atribuição e controlo do exercício de poderes discricionários.

Deste modo, afigura-se difícil compreender a discricionariedade instrutória sem a existência de uma norma, que justifica a actuação da administração naquela fase do Procedimento Administrativo. Igualmente, não se pode compreender a existência de autonomia administrativa na instrução sem que haja antes uma norma que poderá ser entendida como seu critério limite e fundamento, de tal forma que todas as opções que se adoptem nesta fase, baseadas no poder discricionário, serão consideradas válidas se encontrarem um mínimo de correspondência nas normas habilitadoras. Nestes termos o âmbito da discricionariedade instrutória pode variar consoante a norma habilitadora que confere um grau maior ou menores de poderes.

Todos os actos praticados no procedimento devem estar virados para a decisão final³³⁶, na medida em que e como já o afirmamos, é a partir desta que se vão avaliar os actos praticados no decurso do procedimento, inclusivamente os que forem praticados sob égide da discricionariedade, de modo a evitarem-se os actos que em nada contribuem para a tomada de decisão numa primeira instância e num outro patamar, evitar todos os actos que apesar de nos conduzirem à decisão final, não concorrem para a tomada da melhor decisão.

Deste modo, a administração deve prestar maior atenção a instrução³³⁷ dos procedimentos e ao exercício de poderes inquisitórios nas situações em que os comportamentos dos cidadãos indiciem possíveis conflitos.³³⁸

A autonomia que se confere ao órgão instrutor consistirá na arrumação de várias alternativas que se vão repercutir na sua conduta, desde que a norma habilitadora ou outra de competência não façam esta arrumação por ele. A escolha da alternativa a ser efectivada,

³³⁶ David Duarte, Norma... ob cit... p542.

³³⁷ “Uma das formas mais simples, para realizar a instrução em contraditório “global”, isto é, que abranja toda a fase instrutória ou grande parte dela, é aquela em que as partes interessadas têm direito de acesso à prática dos serviços públicos (com possibilidade de obterem a cópia dos actos e dos documentos) e o direito de apresentarem as próprias observações escritas, como documentos, estudos e técnicas periciais”. Luís Filipe Colaço Antunes, A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo, para uma legitimação procedimental, Almedina Coimbra 1989, p91.

³³⁸ Marta Portocarrero, Contratos...ob cit...p 240.

dependerá da administração que para o efeito terá que realizar um exercício ponderativo, que no entanto a acompanhará em todas as fases do procedimento, particularmente na instrução, porquanto o instituto impõe padrões de referência imediatos, cuja inexistência pode ser justificada pelo exercício de poderes discricionários.³³⁹ O número de alternativas que se colocam ao agente, também deverão servir como mecanismo facilitador do controlo do uso de poderes discricionários, por exemplo, se estão apenas disponíveis duas alternativas, a administração terá a faculdade de escolher entre ambas, mas nunca o poder para optar por uma terceira. Apesar da escolha de uma das alternativas ser feita ao abrigo de poderes discricionários, a verdade é que o controlo também irá incidir sobre a alternativa eleita, de modo a avaliar se é a melhor de acordo por exemplo, com o princípio da razoabilidade e se respeita as regras do procedimento etc. Neste caso será igualmente avaliado o mérito da alternativa a executar, com o objectivo de apurar, se foi a melhor e a mais conveniente. Com isso começamos a perceber, que afinal o exercício da discricionariedade instrutória não é completamente livre³⁴⁰. O uso do poder discricionário na fase da instrução também poder ser procedimentalizado, primeiro temos de definir as bases teóricas dos termos em que será exercido o referido poder, o itinerário da utilização, onde se inclui por exemplo, as diligências que devem ser efectadas e num segundo momento, deverá ser feita a escolha das diligências a serem adoptadas, momento em que serão definidas as regras da sua utilização, seu conteúdo, e a forma da sua implementação. Existirá uma dependência entre os vários momentos acima referidos, que se poderá colocar em termos condicionais, um fase como condição para a realização da segunda.³⁴¹

Isto permite-nos concluir que a dinamicidade da instrução consagra por si só um itinerário, ou seja; quando a administração instrui um procedimento administrativo, deverá usar poderes discricionários de modo a realizar da melhor maneira possível o interesse

³³⁹ David Duarte, Norma...ob cit...p543.

³⁴⁰ “A maioria da doutrina Alemã defende, por isso, que a investigação pode ser reduzida por força do princípio da proporcionalidade, e de uma ponderação dos interesses públicos e privados envolvidos, no sentido de uma rápida decisão e de uma indagação cuidada. A investigação deve orientar-se por critérios da razoabilidade, não tendo de ser prosseguida a qualquer preço. Isto porque a essência do princípio do inquisitório quando aplicado à actividade administrativa não é como vimos, que a investigação constitua um objectivo por si, mas sim ser um meio para a realização da lei pela facilitação da base necessária à tomada de uma decisão legítima. Tal significa que a diminuição do esforço de indagação da realidade por parte da Administração deve ser justificada a esta luz, tendo em devida conta o resultado que pode ser *in casu*, efectivamente alcançável em termos de “ganho do direito”. Marta Portocarrero, Contratos...ob cit...p 247-248.

³⁴¹ David Duarte, Norma...ob cit...p 548-549.

público. Portanto mesmo na actuação sob égide da discricionariedade instrutória, ela será obrigada a seguir um procedimento, nos termos referidos no parágrafo anterior, ou ainda na hipótese de excluir-se o itinerário retromencionado, ela sempre estará vinculada a um procedimento, pois terá de demonstrar a história das condutas adaptadas e suas razões, de tal sorte que será apartir dela que eventualmente o juiz e os cidadãos e até mesmo administração poderão controlar o uso de tais poderes. Assim a discricionariedade instrutória poderá ser procedimentalizada sob diversos ângulos.

A linha discursiva adoptada para este tema, tem estado a incidir particularmente sobre os limites e formas de controlo dos poderes discricionários³⁴² na fase de instrução de procedimentos administrativos. A nossa principal preocupação consiste em encontrar formas de torná-la controlável, para tal valem os elementos que avançamos a quando da discussão sobre os limites ao uso de poderes discricionários pela administração. Nesta senda vale recordar que por exemplo, uma acto instrutório que viola um direito fundamental será declarado ilegal e até mesmo inconstitucional devendo em função do bem violado, ser conferida ao cidadão a possibilidade de recurso aos tribunais para obtenção da declaração da invalidade do acto instrutório, nestes casos e olhando para o nosso ordenamento jurídico-administrativo, o cidadão terá de aceder directamente aos tribunais, porquanto se trata de um direito fundamental e de um acto suficientemente autónomo para ser impugnado, sem ter de esperar pelo término do procedimento e o pronunciamento do último agente da cadeia de comando dentro do órgão com competência para decidir.³⁴³

O cenário das alternativas acima referenciadas, propicia naturalmente a aplicação da ponderação a anteceder a escolha, no entanto há um conjunto de normas que se

³⁴² Prova que efectivamente o uso de poderes discricionários na verdade acaba sendo vinculado a uma série de princípios é a seguinte citação referente ao ordenamento jurídico Português. “O preceito que introduz este preceito prevê que, na ausência de normas jurídicas injuntivas, o responsável pela direcção do procedimento goza de discricionariedade na respectiva estruturação, que no respeito pelos princípios gerais da actividade administrativa, deve ser orientada pelos interesses públicos da participação, da eficiência, da economicidade e da celeridade na preparação da decisão”. Elizabeth Fernandez, O Procedimento Administrativo como realidade flexível, breves notas sobre o princípio da dequação procedimental, Comentário ao novo Código de Procedimento Administrativo, vol I, AAFDL, 3ª Edição 2016 p 451.

³⁴³ Sobre a questão da definitividade e executoriedade como pressupostos para a impugnação de actos Administrativos, vide Diogo Freitas do Amaral, Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Vasco Pereira da Silva, Revista Direito e Justiça, Universidade Católica Editora, Tomo X 1996 Tomo 2 p 265 ss.

apresentem desde logo como verdadeiras limitações à ponderação³⁴⁴ feita pelo órgão instrutor do procedimento administrativo³⁴⁵, de tal modo que a partir da solução encontrada será sempre possível aferir a legalidade e conveniência da decisão tomada pela Administração Pública.

Por exemplo o princípio da imparcialidade que numa das suas vertentes obriga a que se ponderem todos os elementos constantes do cenário sobre o qual deverá incidir a decisão, obriga que mesmo no uso de poderes discricionários, a administração tenha de obedecer o seu conteúdo e avaliar convenientemente na fase da instrução, os elementos relevantes antes de tomar qualquer decisão. Por outro lado, a ideia do precedente costumeiro conduz à redução da discricionariedade instrutória, na medida em que obriga a administração a seguir os mesmos passos em casos da mesma natureza³⁴⁶, devidamente apoiada no princípio da igualdade³⁴⁷, pelo que nestas situações à administração não resta outra alternativa senão seguir o padrão e deixar de lado a discricionariedade ou reduzi-la. As condutas reiteradas ajudam na busca de decisões padronizadas justas e “universais” e a sua interiorização pelos agentes, pode-se apresentar como garantia do exercício da função administrativa com base nos princípios da eficiência, desburocratização, devidamente alinhados com o interesse público, onnipresente na tarefa administrativa.

A Administração perde parte significativa dos seus poderes discricionários durante a instrução³⁴⁸, nas situações em que é obrigada a reinstruir um procedimento administrativo

³⁴⁴ David Duarte, Normas... ob cit...p 586.

³⁴⁵ Alguns limites foram apresentados, a quando da discussão sobre a ponderação.

³⁴⁶ Pedro Lopes Moniz, Princípio...ob cit...p 337.

³⁴⁷ Sobre o Princípio da igualdade em termos gerais, António Cortês, Jurisprudência dos Princípios Universidade Católica editora 2010, p 266 ss.

³⁴⁸ “Mas em geral, não é possível, à partida, excluir de forma radical a possibilidade da renovação do acto anulado nessas circunstâncias. Com especial destaque para aquelas hipóteses em que a anulação é determinada pela verificação de vícios que se podem relacionar com a vontade do agente. No âmbito das quais a questão não se coloca propriamente a respeito do conteúdo da questão não se coloca propriamente a respeito do conteúdo da decisão. Havendo então que distinguir consoante o concreto fundamento da anulação aponta para a necessidade de um reexame do caso por parte da Administração, ou, pelo contrário, exclui essa necessidade em virtude de conduzir à eliminação da discricionariedade. Este facto não implica, contudo, que a renovabilidade se deva admitir como princípio geral, uma vez que também neste domínio o *accertamento* judicial deve desempenhar uma função delimitadora das possibilidades de reexercício do poder. O tribunal deve recusar a renovação do acto administrativo sempre que a Administração não consiga demonstrar que os novos motivos invocados são mesmo novos ou explicar a razão pela qual não havia sido inicialmente considerados, falando a doutrina, a este propósito, de uma presunção de ilegitimidade do acto renovatório e, assim, de um ónus, a cargo da Administração, de dar alguma prova da sinceridade da nova fundamentação”. Mário Aroso de Almeida,

por força de uma orientação judicial que por exemplo anula um acto administrativo, situação em que a administração tem de necessariamente rever o procedimento³⁴⁹, respeitando os actos praticados, que não tenham sido afectados pela decisão de invalidade, ou se a sua imodificabilidade resultar da decisão judicial, nestes casos deixa de haver alternativas para o instrutor do procedimento, que terá de guiar a sua acção nos termos determinados pela decisão judicial. Haverá ainda discricionariedade por exemplo em relação ao momento de executar a decisão, ou na situação de extracção das alternativas da decisão judicial durante a sua concretização, não obstante ainda estaremos diante de domínios em que a instrução será vinculada a obter o efeito judicialmente estabelecido.

Por outro lado, existem um conjunto de situações que limitam o poder de acção da administração mesmo quando ela age por referência aos poderes discricionários, as actuações com base na lei vão-se multiplicando, dando origem ao precedente, que também funciona como mecanismo redutor do campo da discricionariedade administrativa, por sua vez a administração, em atenção à coerência e protecção da confiança dos cidadãos, autovincula-se a estes, o que de certa forma, dá uma outra configuração à utilização da discricionariedade e contribui para sua objectivação em sede da instrução do procedimento administrativo.³⁵⁰

Não se pode permitir que órgãos administrativos desenvolvam a actividade instrutória sob égide da discricionariedade, sem que haja um mínimo de correspondência da sua actuação com os pressupostos legais e jurídicos. Nestes termos, existirá vinculação da administração à lei e ao direito no momento em que o instrutor determina os pressupostos legais da decisão, não havendo neste domínio qualquer margem de liberdade de actuação³⁵¹.

Sobre a Autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos, Almedina 1994 p 167-168.

³⁴⁹ Mário Aroso de Almeida, Reinstrução do procedimento e plenitude do processo de execução das sentenças, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) de 29.1.1997, Caderno de Justiça Administrativa nº3, Maio/Junho 1997 p 16.

³⁵⁰ Sobre a ideia da autovinculação veja dentre outros, David Duarte, Alguns problemas relativos à autovinculação administrativa. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) de 5.3.1997, Caderno de Justiça Administrativa nº 6 nov/dez 1997 p 8-9.

³⁵¹ Mário Esteves Pedro Gonçalves...ob cit...p 420.

Um aspecto que deve ser estudado quando se aborda a discricionariedade na fase da instrução é a questão da prova³⁵². Importa referir que neste domínio haverá uma redução daquele poder, por força da consagração de um conjunto regras sobre a admissibilidade das provas no procedimento administrativo, dada sensibilidade e influência da matéria para a tomada de decisão. Neste sentido, a lei terá que definir os prazos e os modos de apresentação das provas, devendo incondicionalmente garantir o princípio da admissibilidade de qualquer meio como prova. Neste capítulo, haverá discricionariedade na apreciação e na atribuição de um peso ou importância, a cada um dos meios de prova apresentados, fora deste aspecto, parece que estarão reduzidos os domínios em que a administração dispõe de poderes discricionários. De qualquer forma, a atribuição do peso aos meios de prova deve ser objecto de controlo e eventualmente de impugnação judicial.

A prova é uma questão central do procedimento administrativo³⁵³, daí que deve merecer toda a atenção do legislador na altura em que estiver a estruturar o seu regime. A oficialidade confere à administração poderes para praticar actos, reunir elementos que vão propiciar a tomada da melhor decisão para o interesse público, traduzido na satisfação das necessidades da colectividade - razão fundante da existência da Administração³⁵⁴ e de todos os poderes que ela diariamente usa na suas relações - nunca sem o concurso dos particulares. É a complexidade do pedido do cidadão que vai determinar as diligências a serem realizadas, ao que valerá neste aspecto particular, uma colação ao conteúdo do princípio da proporcionalidade. Importa deixar claro que esta cláusula geral não é absoluta, porquanto está limitada por um conjunto de elementos.

Uma aspecto que obrigatoriamente deve ser garantido por lei e retirado do poder de escolha da administração, é a questão da admissibilidade das provas, o prazo para a sua aceitação tem estar legalmente definido, devendo em nossa opinião assegurar-se a

³⁵² Freitas do Amaral e Carlos Feijó, afirmam que o principal meio de instrução do Procedimento Administrativo é a prova documental. Diogo Freitas do Amaral e Carlos Feijó, *Direito Administrativo Angolano*, Almedina 2016 p 511.

³⁵³ Eduardo Garcia de Enterría e Tomás – Ramón Fernández, ob cit... p 498.

³⁵⁴ *Apud* Carla Amado Gomes, *Contributo para o Estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra editora 1999, p 158, “As autoridades (competentes) têm o direito e o dever – um direito medido pelo próprio dever – de satisfazer as necessidades (objecto da sua competência). O Direito Administrativo material. Nesta sua nova fase (...) tem, pois, em primeiro lugar, uma função permissiva, enquanto legitima a satisfação de uma necessidade colectiva utilizando certo bem: e tem depois uma função obrigatória ou imperativa, enquanto impõe a certos órgãos, em dadas condições de facto, a satisfação dessa mesma necessidade. Função é um poder dever”.

obrigação da administração aceitar as provas até antes da elaboração do relatório pelo instrutor. Para tal afigura-se necessário que os prazos para a elaboração dos relatórios estejam definidos e no âmbito do procedimento qualquer passo dado a administração deverá informar os cidadãos de modo que eles possam acompanhar o seu andamento e fiscalizá-lo com a finalidade de averiguar o cumprimento dos prazos para a realização das várias diligências.

Uma outra questão que deve ser convenientemente tratada ao nível das provas no procedimento administrativo tem a ver com a sua valoração, que em regra é feita pelo órgão instrutor ao abrigo de critérios subjectivos, pelo que neste sentido, deverá o legislador estabelecer os graus de relevância das provas, por via de uma distinção entre as mais e as menos importantes, tendo por referência a sua ligação directa ou indirecta com a verdade e com a justiça da decisão a tomar, é importante que se tenham em conta as provas objectivamente necessárias³⁵⁵. Para além desta hierarquização, a classificação das provas deve ser feita não apenas pelo instrutor mas por órgãos colegiais em que as deliberações possam reflectir a diversidade de visões e assim reduzir-se a subjectividade presente nas decisões. Para além disso, é necessário que se fiscalize de forma autónoma esta valorização, ao invés de a associar sempre à decisão, na medida em que ela apresenta autonomia suficiente para lhe ser conferido um tratamento individualizado, particularmente no que sua impugnação diz respeito. Ainda assim as garantias no domínio probatório não são suficientes, devendo para tal o legislador estabelecer sanções para a violação das regras referentes às provas nos procedimentos administrativos. É importante que estabeleça a sanção de nulidade para as provas obtidas de forma irregular ou em violação aos direitos dos cidadãos, por exemplo as vistorias que se fazem no âmbito do procedimento devem ser antecipadamente comunicadas às partes visadas, a menos que por razões ponderosas e taxativamente estabelecidas, sem recurso à conceitos indeterminados, se exclua o dever de informar, em nome de valores que no caso concreto deverão prevalecer sobre o direito titulado pela parte. Por outro lado, as valorações das provas feitas pela administração não vinculam os tribunais³⁵⁶, nem outros órgãos administrativos, podendo ser afastadas por exemplo por força da actuação do superior hierárquico.

³⁵⁵ Eduardo Garcia de Enterría e Tomás – Ramón Fernández, ob cit cit...p 500.

³⁵⁶ Eduardo Garcia de Enterría e Tomás – Ramón Fernández, ob cit...p

Em princípio são admitidos todos os meios de prova juridicamente atendíveis, nestes termos verifica-se uma interpretação graciosa deste princípio, abrindo-se a possibilidade para qualquer meio de prova, havendo assim uma margem muito larga conferida às partes envolvidas no procedimento, que não estão presas a elementos de forma ou prazos para aceitação das provas em procedimento administrativo. Entretanto, alguns limites colocam-se a esta ideia, fundamentalmente quando estas provas são obtidas de forma contrária ao direito ou quando a sua obtenção implicar violação dos direitos fundamentais dos cidadãos.³⁵⁷ Por outro lado, as provas que não tiverem nenhuma ligação com o procedimento devem ser afastadas, se em nada contribuírem para a busca da verdade material. Contudo não se pode aceitar que a rejeição de provas seja feita em referência ao interesse público³⁵⁸, na medida em que poderá coartar a liberdade e impedir que o instrutor tenha uma visão geral do problema analisado, nesse sentido o interesse público é unívoco, e está ao lado da Administração Pública. Impõe-se que o instrutor tenha uma visão ampla e completa do procedimento de modo a propor a melhor decisão a luz do interesse público. Só isso pode justificar em parte, o poder conferido à administração para sanear o procedimento e expurgar os elementos desnecessários, que não contribuem para a realização das finalidades que estão na base da utilização instituto nas sociedades modernas.

No domínio probatório, o princípio da imparcialidade acaba por exercer uma grande influência, na medida em que impõe ao instrutor a consideração de todos elementos trazidos ao processo, de modo a tomar a melhor decisão e a conferir a cada um deles o mesmo peso por altura do veredicto³⁵⁹. Ademais, a administração é parte interessada na prossecução do interesse público, de tal sorte que no seu caminho não podem cruzar elementos que a desviem do seu trajecto normal. Por outro lado, o instrutor não se pode quedar única e simplesmente na ideia de realizar o interesse público³⁶⁰ e deixar de lado

³⁵⁷ Luís Filipe Colaço Antunes, O Juiz Administrativo, súbdito da prova procedimental? Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano Volume II, 2006, p 114.

³⁵⁸ Neste sentido, Luís Filipe Colaço Antunes, O juiz...ob cit...p 115.

³⁵⁹ Pedro Fenrnández Sánchez, ob cit...p 127.

³⁶⁰ “A entidade que inicia um Procedimento, pode introduzir, além do interesse primário, interesses secundários, embora tal não seja previsto. Porém se o fizer e tratando-se de entidade estranha à Administração, não vai introduzir interesses que lhe sejam desfavoráveis; ou sendo um órgão administrativo, faz relevar interesses cuja apreciação está fora do âmbito das suas atribuições, pelo que a consideração dos seus interesses em causa será necessariamente atécnica. Daí constituir uma exigência de objectividade que os interesses secundários (i.e aqueles com os quais o interesse a realizar através do

elementos relevantes para decisão, dando por exemplo mais valor aos elementos que conduzem a uma determinada decisão postergando outros, o princípio da imparcialidade acautela estes aspectos.

Importantes medidas devem ser tomadas por altura da escolha do funcionário que irá instruir o procedimento administrativo, a nomeação feita pelo superior hierárquico ou por quem a lei indicar, deverá ter em conta as habilitações do candidato que dada a complexidade da situação deverá responder da melhor maneira possível aos desafios impostos. Para além do instrutor, deverá ser indicado o fiscal do procedimento, cuja missão será acima de tudo acompanhá-lo, garantindo que se cumprem todas as regras legalmente exigidas. Esta solução justifica-se fundamentalmente porque na fase da audiência dos cidadãos o instrutor já tem os elementos necessários para apresentar a proposta de decisão e nas situações em que a decisão seja desfavorável ao particular, em nada adiantará cumprimento desta fase. Daí a necessidade de um equilíbrio que imponha por exemplo, a proibição do instrutor realizar a audiência, devendo tal faculdade ser transferida para entidade diferente, que em consequência emitirá um parecer obrigatório. Só a escolha dos melhores técnicos, ditada pela complexidade da situação³⁶¹, - para tal deverá ser incluída na estrutura de carreiras da administração a figura do instrutor de procedimento,- poderá garantir a realização da melhor maneira possível do interesse público, que é também uma obrigação que impende sobre a entidade com competência para nomear o instrutor, por força do princípio da boa administração. O técnico preparado compreenderá as circunstâncias do procedimento e exercerá da melhor maneira os poderes instrutórios, tendo em conta as várias questões levantadas, como por exemplo, a ideia do melhor aproveitamento das provas, apresentadas mas não suficientemente rentabilizadas pelas partes³⁶², ou ainda, a promoção de diligências que se afigurem indispensavelmente necessárias para a descoberta da verdade material. Por conseguinte, o novo paradigma da

exercício do poder administrativo deve ser ponderado para que a sua concretização “adira à realidade”) sejam carreados para o Procedimento pelos respectivos titulares. Pedro Machete, Ob cit...p 92.

³⁶¹ Podemos encontrar no seio da Administração Pública um conjunto de procedimentos Administrativos que por sua vez ditam o tipo de instrução, de tal sorte que a instrução pode variar de acordo com o tipo de caso, embora possa existir um padrão e uma ideia geral quando se discute a questão da instrução procedimental. Sobre os contornos do procedimento disciplinar na Função Pública, Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo vol II, Almedina Coimbra 2010 p 839 ss. Raquel Carvalho, Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas, Universidade Católica Editora 2014, p 233ss.

³⁶² Pedro Fernández Sanchez...ob cit...p 119.

administração, exigirá que os funcionários públicos assumam uma outra postura de modo a responderem eficazmente aos desafios que a prossecução do interesse público coloca.

Ao superior hierárquico, deverá ser imposta a obrigação de exigir do instrutor relatórios semanais acerca do andamento do procedimento. Este dever é intrínseco a relação hierárquica, a verdade é que nem sempre é exercido este poder por quem tem competência, ficando o órgão decisor coartado de acompanhar o procedimento, tomando apenas contacto com o mesmo por altura do relatório que muitas vezes não é suficientemente abrangente e não abarca na sua plenitude todos os contornos do caso. Em alternativa, poderá ele mesmo estabelecer os itens que obrigatoriamente deverão ser respondidos no relatório, por forma a garantir que elementos essenciais constem do referido documento.

A ideia da ampla participação no cidadão no procedimento³⁶³ assume papel relevante ao nível da instrução onde a estes são conferidas faculdades para a apresentação de provas, sugerir diligências, exercer o direito à informação, contradizer elementos apresentados pela administração ou por outros cidadãos³⁶⁴. Para garantir que esta participação instrutória seja eficiente o cidadão deverá acompanhar as reuniões da administração em que se vai abordar a relevância das provas, que na base da nossa sugestão deverá ser discutida ao nível de um órgão colegial. Nestas reuniões, o cidadão apenas acompanha marca presença, podendo de acordo com a vontade do presidente do órgão, ser-lhe concedida oportunidade para pronunciar-se a respeito do que se discute³⁶⁵.

³⁶³ “Com efeito, a participação no procedimento da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjectiva inerente ao direito fundamental. Por outras palavras: a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental. Noutros termos, porventura mais explícitos: o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídicos-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade. A ideia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais. Todavia, a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim dimensão intrínseca dos direitos fundamentais. A justa conformação do procedimento, no âmbito dos direitos fundamentais permite, pelo menos, a presepunção de que o resultado obtido através da observância do iter procedimental é, com razoável probabilidade e em medida suficiente, adequado aos direitos fundamentais”. José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição e Déficit Procedimental, Estudos sobre Direitos Fundamentais, 2ª edição Coimbra editora 2008 p 73-75.

³⁶⁴ Pedro Machete, ob cit... p 444-445.

³⁶⁵ “Siempre en el contexto de los instrumentos de la etapa instructoria, finalmente se van a mencionar las disposiciones del artículo 14, que regula el establecimiento de la “Conferencia de Servicios” instructoria. Esta ha, de hecho, canonizado por nuestro ordenamiento legal aquel “Amtshilfpflicht””

Do outro lado estará obviamente a administração, que não se pode sentir “refém” das faculdades conferidas aos cidadãos com objectivo de garantir equilíbrio e ponderação no processo de tomada de decisão. Interessa-nos sobretudo que as decisões sejam tomadas dentro de um procedimento, ponderadas todas as circunstâncias, contudo este itinerário tem de ser o melhor possível, o que causa menos danos aos cidadãos cujos interesses foram sacrificados em nome de outros.

Se o princípio do inquisitório confere à administração um conjunto de prerrogativas para instruir da melhor maneira o procedimento administrativo, não se pode agora transferir para o cidadão o ónus de provar³⁶⁶ os factos que nele se levantam³⁶⁷. O princípio do inquisitório abarca no seu conteúdo a regra do ónus da prova, que deverá sempre recair

(deber de colaboración entre oficinas), del que se ocupó ampliamente los §§ 4 a 8 de la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz). El instrumento de la Conferencia de Servicios es utilizado ampliamente por nuestra Administración. Sus previsiones fueron objeto de múltiples modificaciones, la última con la ley 122/2010. En esencia, la conferencia de servicios instructoria consiste en una reunión de las personas físicas que representan a sus respectivas administraciones. Concluye con una determinación que sustituye la manifestación autónoma de los diversos intereses públicos comprometidos. Otro de los aspectos del Amtshilfepflicht se define en 2009 (ley 69/ 2009), con miras a la valorización de los aspectos más exquisitamente participativos, ha añadido la posibilidad también a los particulares de participar en los trabajos de la conferencia de servicios instructoria, aunque sin derecho a voto (art. 14-ter, inc. 2-ter). De esta manera, la conferencia de servicios instructoria realiza una forma más amplia de participación de los potencialmente interesados en un procedimiento in itinere. Permite, de hecho, el ingreso participativo también de los interesados que no podrían tener acceso por el trámite de los instrumentos de participación previstos por el artículo 9 de la ley 241/90, que exige –como se verá– como requisito el potencial perjuicio”. Diana-Urania Galetta La Ley Italiana 241/90 de Procedimiento Administrativo, Tendencias...ob cit...p 249.

³⁶⁶ Sobre o ónus da prova em procedimento administrativo, Luís Filipe Colaço Antunes, O Juiz Administrativo, súbdito da prova peocedimental? Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa vol II 2006 p 122-123.

³⁶⁷ “O ónus da instrução dos processos administrativos regidos pela Lei nº 9.784/99 cabe ao órgão responsável pelo processo, conforme decorre do artigo 29, assim redigido: Artigo 29 – As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. Para a Administração, a instrução constitui um ónus; para o interessado, é um direito inerente ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Note-se que o artigo 38 faculta ao interessado, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objecto do processo. Vale dizer que o ónus é da Administração Pública, cabendo ao interessado o direito de propor atuações probatórias. No artigo 3º, III, inclui entre os direitos dos administrados os de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. Mesmo na fase recursal é possível acrescentar novas alegações e juntar novos documentos, conforme está expresso no artigo 60 da lei. Por esses dispositivos, verifica-se que o ónus da instrução é da Administração Pública. O administrado, além de ter o direito de defesa, é colaborador da Administração Pública nessa actividade. Essa ideia é reforçada pelo artigo 4º, inciso IV, que prevê, como dever do administrado o de “prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos factos”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. 2º Semestre de 2013, p 10.

sobre a administração porquanto nalguns tipos de procedimentos, o cidadão apenas quer obter uma decisão que lhe seja favorável, à administração terá a obrigação de avaliar se a decisão favorável ao cidadão será a melhor para o interesse público. Com efeito e se quiser afastar a possibilidade de decisão favorável ao particular, ela deverá inutilizar as provas apresentadas pelos interessados, através da competente contraprova. Ademais, o princípio da imparcialidade obriga a administração a decidir sempre com verdade, para tal, esta tem de avaliar todos os elementos que possam contribuir para a tomada de decisão, tal é que poderá haver consequências para administração, caso se tome uma decisão baseada em inverdades, factos não provados, o que pode igualmente pôr em causa a validade da decisão. Surgindo factos, caberá a administração encetar diligências³⁶⁸ no sentido de averiguar e conceder a estes o devido tratamento jurídico. Pensa-se no exemplo dos procedimentos disciplinares, nos procedimentos tributários de pagamento de impostos, ou ainda na negação de um pedido do particular por ele não ser titular de uma cidadania, neste caso caberá à administração provar que não acedeu ao pedido porque o proponente não é cidadão, para o efeito terá de fazer prova da falta de cidadania. O cidadão apenas terá de apresentar os elementos legalmente exigidos para o deferimento do seu pedido, cabendo a àquela a busca dos factos e a sua comprovação.

A intervenção do cidadão na fase instrutória deve ser a mais sumptuosa possível na medida em que a ele cabe o papel de “dificultar” a ponderação a ser feita pela administração por altura da decisão, levando ao seu conhecimento e carreando aos autos todos elementos que sustentem a sua pretensão e anulem as pretensões que estejam em contradição com a sua. Neste sentido, as margens de acção conferidas pelo direito não serão absolutamente preenchidas por critérios provenientes única e exclusivamente da administração, os referidos espaços deverão ser equilibradamente preenchidos. Neste sentido será relevante a intervenção do particular em vários momentos da instrução, influenciando desta forma o exercício dos poderes discricionários. Portanto, a administração tem o domínio na busca de elementos necessários para a devida ponderação, contudo este domínio poderá sofrer algumas alterações rumo ao equilíbrio necessário, permitindo ao cidadão exercer influências

³⁶⁸ Veja-se por exemplo o Procedimento europeu de fiscalização da violação das regras sobre concorrência, em que se estabelecem directrizes que claramente transferem à Administração o ónus de provar os factos, em causa convista a tomada de uma decisão. Luís Cabral de Moncada, Direito Económico, Coimbra editora, 6ª edição 2012 p 554ss.

indispensáveis para que as suas impressões digitais estejam devidamente marcadas na ponderação e consequentemente na decisão final.³⁶⁹

A possibilidade conferida aos cidadãos de amplamente participarem na instrução numa espécie de co-autoria, converte a decisão final em produto não de uma vontade exclusiva da administração, mas dos vários interesses e ponderações próprias de sociedades pluralistas, propensas a realizar contemporaneamente vários interesses e satisfazerem ao mesmo tempo várias necessidades colectivas, ao invés do acto administrativo monovisionário e pobre em termos de contribuição para o desenvolvimento e crescimento de um estado. Portanto, é a ideia da instrução como elemento que após várias considerações relativas a formação da decisão é mediatamente responsável pelo desenvolvimento de uma nação, pois a qualidade da instrução ditará a qualidade dos actos da administração concorrentes para àquele crescimento.

Afigura-se necessário garantir a regra da obrigatoriedade da realização da instrução, e não deixar a critério da administração a decisão acerca da sua realização, porquanto corre-se o risco de a administração para garantir a celeridade procedimental, deixar de instruir os procedimentos, particularmente nos casos de decisões simples.

Portanto, há um conjunto de elementos que devem incontornavelmente ser levados em consideração, quando se fala em instrução de procedimentos administrativos, a primeira grande preocupação neste aspecto, tem sobretudo a ver com as formas de limitar o uso do poder discricionário da Administração Pública, nesta fase em particular. Por outro lado, como garantir a “igualdade de armas” na relação jurídico-procedimental, no que a intervenção das partes diz respeito, atendendo que a administração tem a direcção do procedimento.

Podemos ter como referência um conjunto de elementos que resultam da legislação brasileira através dos quais se pode aferir uma instrução justa e adequada aos novos desafios que a administração está sujeita. As alegações podem ser apresentadas a qualquer altura, desde que a decisão ainda não tenha sido proferida, o mesmo se passando com o momento destinado à junção das provas. No entanto estas regras deverão ser aplicadas em

³⁶⁹ David Duarte, Procedimentalização...ob cit...p 151-152.

caso de recurso administrativo. As alegações e as provas entregues deverão ser tidas em consideração pela administração, a sua recusa terá de ser racional e juridicamente fundamentada, sendo a falta desta, geradora de vícios que poderão ser impugnados judicialmente, como resultado um dos efeitos da decisão poderá ser a obrigação imposta pelo tribunal à administração para aceitar tais provas ou alegações.³⁷⁰

Uma nova tendência que se tem verificado no domínio da instrução procedimental em particular e no Direito Administrativo em geral, tem a ver com a privatização do procedimento administrativo, sendo a instrução³⁷¹ um dos campos em que tal tendência vai ganhando mais espaço, por força do reconhecimento do papel do cidadão na edificação do itinerário rumo à tomada de decisão por parte da administração, o que desde logo confere maior qualidade àquela. Tal acontece nas decisões que interessam os cidadãos ou não, seja porque estes a certa altura passam a exercer determinados poderes antes atribuídos exclusivamente à administração e exercem-nos com bastante zelo e dedicação, por pressão e receio de os perderem. Este segundo aspecto é fundamentado por exigências resultantes da eficiência na actuação da administração, com particular enfoque para a redução de encargos financeiros intrínsecos a tomada de qualquer decisão.

Ao invés dos naturais e clássicos actos juridicamente públicos, a lei permite que em determinadas circunstâncias alguns actos sejam praticados pelos particulares em substituição daqueles, difere-se ao cidadão a faculdade ou o poder para prática de actos naturalmente públicos. A prolação de tais actos agora é deixada ao livre critério do cidadão inclusive o regime aplicável passa a ser outro³⁷². A privatização é extensiva ao domínio da tomada de decisões em que se verifica uma repartição das responsabilidades entre a administração e os cidadãos³⁷³, garantindo-se deste modo, a toma de uma decisão mais representativa, popular e acima de tudo que melhor realiza o interesse da colectividade. Portanto estamos diante de um fenómeno em que ao cidadão são conferidos maiores poderes para realização do procedimento, tal como já anteriormente referimos, trata-se de uma consequência da

³⁷⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Limites...* ob cit p11.

³⁷¹ Sobre as várias correntes a respeito do âmbito de aplicação da privatização do Procedimento, Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos, o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, reimpressão da edição de 2005, feita em 2008, p 332.

³⁷² Pedro Gonçalves, *Ob cit...* p 333.

³⁷³ Pedro Gonçalves, *Ob cit...* p333

evolução do Estado e do papel que no seio deste se confere aos cidadãos. O que prova que ao nível do procedimento a tendência será a de conceder ao cidadão mais poderes de modo a que ele possa influenciar de modo mais profundo, a decisão tomada pela Administração Pública.

Importa ainda tecer algumas considerações acerca do arquivamento do processo, que só se poderá verificar nas circunstâncias em que a natureza dos interesses envolvidos bem como a inércia do cidadão, possam inviabilizar a sua marcha, exigindo-se para o efeito, esgotamento das vias e formas para trazê-lo ao processo. O arquivamento deverá ser a última medida, sob pena de violar o princípio da proporcionalidade³⁷⁴ nas situações em que devido a inércia do cidadão a administração decide pela extinção do procedimento sem passar por medidas menos gravosas.

O princípio da legalidade procedimental dita que em determinados casos os passos a serem seguidos pela administração estejam taxativamente estabelecidos, relativamente aos quais não pode haver dúvidas interpretativas³⁷⁵, ao contrário em outros procedimentos inexistente esta regra, o que dá aos órgãos da administração poderes para concretizar as linhas gerais legalmente consagradas, havendo neste caso uma maior discricionariedade de acção³⁷⁶.

Por fim e tendo em conta o que temos vindo a referir acerca da discricionariedade instrutória, importa reforçar que as opções que o instrutor adopta no uso de tais poderes encontram justificação última no princípio da prossecução do interesse público. Assim, o

³⁷⁴ Para um estudo do princípio da proporcionalidade, Vitalino Canas, tese de Doutoramento subordinada ao tema: O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de actos legislativos 2016, p 15 ss.

³⁷⁵ “Em relação às dúvidas na interpretação, ... Contudo, mesmo aceitando a lógica, o relativismo existe, pois, além de se constatar a existência de margem de liberdade, que são atribuídas aos aplicadores, observa-se também que o mesmo termo utilizado em normas diferentes pode significar algo de completamente diverso, da mesma forma que um mesmo acto pode estar em conformidade ou em desconformidade com uma norma jurídica, dependendo da interpretação que se lhe dê. Ora neste quadro de textura aberta do Direito, parece claro que muitos dos problemas jurídicos – interpretação, integração, preenchimento de espaços de valoração etc - são problemas comunicativos. Como forma de evitar tal relativismo, propõe-se na medida do possível, uma tarfa de busca de acordos interpretativos vinculativos, basedos num consenso linguístico atingido através de determinadas regras e num sistema de referências globais, de forma a chegar à “rocha dura”, ao ponto em que já não é mais possível continuar com dúvidas infundadas e encontrar subterfúgios. Tais regras de consenso linguístico são as regras gramaticais, as regras de um jogo de linguagem, aplicáveis também ao discurso jurídico”. Joaquim Freitas da Rocha, Constituição, Ordenamento e conflitos normativos, Coimbra Editora 2008 p 37-38.

³⁷⁶ Mariana Portocarrero, ob cit..p 173.

princípio da imparcialidade irá indicar os melhores caminhos para que o interesse público, seja racionalmente realizado, abstraindo-se os aspectos subjectivos³⁷⁷.

Assim na senda do que afirma Ana Paula Ávila³⁷⁸;

- a) A competência discricionária é competência para definir administrativamente o interesse público, deve a administração no exercício dessa competência, definir o interesse público total ou parcialmente indefinido nas normas;
- b) Se tem que definir o interesse público, deve percorrer um *iter*, passando pela identificação dos interesses e bens jurídicos envolvidos no caso em questão e pela ponderação imparcial dos mesmos;
- c) Se não existe a prevalência, *a priori*, dos interesses ditos públicos, estes entram para “balança” das ponderações com o mesmo peso dos possíveis interesses privados envolvidos, de modo que não se verifica o interesse que impeça o administrador de agir impessoal e imparcialmente.

Embora estes problemas possam ser discutidos de forma geral, a verdade é que os vários ordenamentos jurídicos vão concretizando estas questões cada um a sua maneira atendendo ao seu contexto, por exemplo em alguns países a administração na fase de instauração do procedimento administrativo encontra-se amplamente vinculada às normas jurídicas. Por outro lado, nem todos ordenamentos admitem controlo judicial dos actos administrativos discricionários. A natureza limitada dos poderes de pronúncia dos tribunais administrativos, acaba por influenciar grandemente o tipo de procedimento e a efectividade da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. É só pensar no contencioso de tipo francês, objectivista por natureza, em que não se admitem decisões que imponham à administração um comportamento, ficando restritas à declaração de invalidade do acto praticado por àquela. De nada adianta rechearmos o procedimento, se os tribunais por altura da análise dos litígios não possam sancionar verdadeiramente os comportamentos da administração que ponham em

³⁷⁷ Ana Paula Oliveira Ávila, O Princípio da impessoalidade da Administração Pública, para uma Administração imparcial, Renovar 2004 p 129.

³⁷⁸ Ana Paula Oliveira Ávila, o Princípio...ob cit... p 137.

causa os valores da dignidade da pessoa humana, os princípios da justiça, imparcialidade etc.

Vamos por força disso, dedicar as próximas linhas, à análise de normas relativas ao procedimento administrativo no ordenamento jurídico angolano, de modo a avaliar o posicionamento do nosso país, quando se estudam e por força disso hierarquizam-se os países, no que ao tratamento e respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos se diz respeito.

2. O Decreto-lei 16^a/95, avanços e recuos.

Nesta parte iremos abordar temas ligados ao Procedimento Administrativo no ordenamento jurídico angolano. Como tivemos oportunidade de afirmar, na primeira parte da monografia pretendíamos lançar reflexões acerca dos principais problemas do procedimento em geral, para na segunda parte abordarmos o regime jurídico do procedimento administrativo no ordenamento angolano e ver em que estado nos encontramos, no que ao tratamento destas matérias se diz respeito, interessa sobretudo, analisar o posicionamento do cidadão nas suas relações com a administração, por outro lado, reflectir em torno do *“modus operandi”* da Administração Pública angolana.

2.1. O Contexto da criação do Decreto-lei 16 A/95.

Proclamada a independência³⁷⁹ e como era naturalmente exigível, os assuntos do Estado passaram a ser detidos e geridos pelo governo angolano, entretanto os

³⁷⁹ Sobre a Administração Pública Angolana na época colonial veja dentre outros, Pluralismo e Legitimação (obra colectiva) Almedina 2003 p 37 e ss. Cláudio Paulino, Administração Pública Angolana, Perspectiva Histórica do seu desenvolvimento e os desafios da terceira Administração, edição electrónica, p3. Para efeitos de consulta da legislação em vigor naquela altura, veja Adérito Correia e Bornito de Sousa, Angola História Constitucional, Almedina Coimbra 1996 p 217 ss.

acontecimentos que antecederam a proclamação da independência, mergulharam Angola Independente num país sem qualquer referência ou base para a gestão dos assuntos públicos, pois o rompimento como o Estado Português deu-se de forma abrupta, obrigando o “novo Governo” a começar do zero no que a organização da Administração diz respeito. Embora fossem visíveis os traços e a notada influência deixada pelo Governo Português.

Provavelmente devido a tais acontecimentos, optou-se por uma forma de organização administrativa centralizadora, que apelava para uma Administração Pública donde o superior hierárquico detinha a maior parte dos poderes cabendo aos seus subalternos ou colaboradores a execução das decisões daquele. Esta lógica centralizadora foi confirmada pela Lei 1/76, de 5 de Fevereiro, que previa a divisão administrativa do território Nacional para fins político- administrativos, em províncias, municípios e comunas, as comunas urbanas subdividiavam-se, por seu turno, em bairros, e as comunas rurais em povoações.

“Com a aprovação da Lei n.º 7/81 de 4 de Setembro, a Administração Pública passou a estar formalmente institucionalizada apenas nos escalões provinciais, municipais e comunais e remeteu a regulamentação especial a organização do Estado a nível dos bairros e povoações. Ainda nesta, a comuna deixa de formalmente integrar a Administração Local em 1989, tendo sido recuperada dez anos mais tarde com a aprovação da Lei 17/99 de 29 de Outubro”³⁸⁰.

Com o passar dos anos a diferença de regimes, o colonial e o pós-colonial, foi se acentuando e evidenciando, já que o Estado Angolano passou por força da divisão do mundo em dois blocos antagónicos, a adoptar princípios de gestão pública do Socialismo, havendo por conseguinte uma forte relação nalgumas vezes difícil de separar, entre o Governo e o Partido governante.

A nível central, o Estado Angolano estava organizado em ministérios e secretarias de estado, sendo que cada uma em função das suas necessidades, poderia ter “extensões”, as direcções nacionais e estas por sua vez, os departamentos. O Governo era nos termos do que vinha escalpelizado no artigo 39º da Lei Constitucional de 1975, presidido pelo primeiro-ministro, a este Governo cabia nos termos do artigo 40º da

³⁸⁰ Cláudio Paulino Ob cit... p 4.

citada Lei Magna, conduzir a política interna e externa do Estado, sob a orientação do conselho da revolução e do presidente da república, e superintender no conjunto a Administração Pública.

Nesta fase, alguns acontecimentos não podem passar despercebidos, desde logo; o vínculo jurídico-laboral com a administração pública era constituído, modificado ou extinto com base na Lei geral do trabalho de 1981³⁸¹, que paralelamente aplicava-se às entidades privadas, como constava do seu artigo 1º que estabelecia o seu âmbito.

Um outro aspecto que também merece algum destaque, particularmente pelo seu significado, quando se quer abordar a organização e funcionamento da Administração Pública angolana, era indubitavelmente o papel do ministro de estado, figura instituída com a revisão da Lei Constitucional nº 1/86 de 1 de Fevereiro. “Ao *Ministro de Estado, competia coordenar e dirigir a actividade governativa dos diversos órgãos da Administração Central do Estado que se encontravam inseridos nas respectivas esferas de acção e prestar contas regularmente ao Chefe do Governo. As áreas de governação foram delimitadas no que se convencionou chamar-se por “esferas” e existiam quatro esferas, designadamente a esfera de defesa e segurança; a esfera económica e social; a esfera produtiva e a esfera de inspecção e controlo Estatal. Apenas os Ministérios das Relações Exteriores e da Justiça dependiam directamente do Chefe do Governo. Disto resulta que, em regra, cada Ministro ou Secretário de Estado respondia em primeira linha perante o Ministro de Estado responsável pela esfera governativa em que se integrava o respectivo Ministério e este por sua vez respondia perante o Chefe do Governo*”³⁸².

A medida que as opções políticas do Estado angolano iam se alterando, a estrutura e funcionamento da administração também, fruto da natural influência do sistema político no sistema administrativo. Tais mudanças estão na base de uma modernização administrativa, reflectida no distanciamento das formas de organização administrativas mais centralizadoras- como resultado do sistema político vigente na altura- para formas mais participativas e mais democráticas, que as leis aprovadas ajudaram a concretizar.

³⁸¹ Lei nº 6/81 de 24 de Agosto.

³⁸² Cláudio Paulino, ob cit...p5

Destarte, foi nesta altura que começaram a surgir as primeiras leis e outros diplomas cuja intenção era regular a organização e funcionamento da Administração Pública.

Tal movimento começa com a aprovação da Lei constitucional em 1992³⁸³. A 6 de Maio de 1991, procedeu-se a mais uma alteração da Lei constitucional angolana, apresentando-se como a mais radical mudança, face ao que fora aprovado em 1975, pois, consagrou o multipartidarismo, ampliou e reconheceu os direitos fundamentais dos cidadãos. O que ditou a reforma do estatal, na medida em que com aquelas alterações começava-se a estruturar o verdadeiro Estado democrático e de direito, esta alteração veio a consolidar-se em 1992, através daquela que foi chamada, Lei constitucional de 1992.³⁸⁴

O sistema de governo adoptado pela Lei constitucional de 1992, foi o semi-presidencial, o poder executivo era partilhado pelo Governo e pelo Presidente da República, sendo este nos termos do nº1 do artigo 56º a quem cabia definir a orientação política do país e assegurar o funcionamento regular dos órgãos do Estado, havendo

³⁸³ “Até que se chegasse, fora necessária a grande viragem conduzida pelo próprio regime então vigente, por via de transição constitucional, que levou à aprovação, pela Assembleia do Povo, da Lei 23/92 de 16 de Setembro, que constitucionalizou, através do artigo 43º conjugado com o nº 1 do artigo 121º, a tutela jurisdicional dos direitos dos cidadãos contra actos lesivos da administração pública. Mas, ainda assim os tribunais aguardaram por legislação ordinária que só surgiu mais tarde, com Lei 2/94 de 14 de Janeiro, Lei da impugnação dos actos administrativos do decreto-lei 4-A/96, de 15 de Dezembro, aprovando o Regulamento do Processo do Contencioso Administrativo e da lei nº 8/96 de 19 de Abril, sobre a suspensão da eficácia do acto administrativo. Conquanto não directamente ligada à impugnação do acto administrativo, muito importante foi a aprovação do Decreto-lei 16-A/ 95 de 15 de Dezembro, intitulado Diploma sobre as normas do Procedimento e da Actividade Administrativa”. Marcolino Moco, Estudos jurídicos, vol I, Jurisprudência Administrativa Metodologia Jurídica, Caxinde 2008 p 36.

³⁸⁴ “O conceito de Lei constitucional foi adoptado em 1975, na perspectiva da «Constitutional law», ou seja a Lei Constitucional como sinónimo de Constituição, esta concepção está por conseguinte, longe da que é seguida em alguns ordenamentos jurídicos, em que se distingue, Constituição, tida como a Lei fundamental de um determinado Estado, de Lei Constitucional, entendida como Lei de Revisão constitucional. Para outros ordenamentos jurídicos, a Lei constitucional pode ser entendida como uma Lei de Transição constitucional, uma Lei provisória. No caso de Angola a dúvida é ainda maior, porque o legislador constituinte, em 1992, acabou por adoptar o conceito de Lei Constitucional para se referir à Constituição de 1992, e o de Constituição da República de Angola para se referir ao novo texto constitucional a ser aprovado pela Assembleia constituinte, multipartidária das primeiras eleições gerais democráticas, as razões de adopção destas terminologias tiveram um cunho meramente político e não técnico-jurídico, entendia-se na altura das negociações entre o Governo e Unita, em 1992, que a Lei Constitucional de 1992 era apenas resultado de uma revisão ampla e profunda do texto constitucional de 1975, isto é, estava-se perante um desenvolvimento constitucional normal, uma vez que a ruptura constitucional seria feita apenas com o novo texto constitucional a ser aprovado pela nova Assembleia Constituinte. Assim sendo, podemos concluir que o conceito de Lei Constitucional de Angola deve ser entendido como sinónimo de Constituição em sentido formal, e não em qualquer outra perspectiva”. Raúl Carlos Vaques Araújo ob cit... p 228- 229.

ainda outras tarefas a ele atribuídas. Por sua vez o Governo tinha a sacerdotal missão de conduzir a política geral do país era tido com órgão superior da Administração Pública. Tal disposição era o início ou pelo menos consagrava algumas normas integrantes da Constituição Administrativa. A norma em causa, atribuía ao Governo, poderes para estruturar conceber e dirigir superiormente a actuação administrativa, *qual* pirâmide em que no sector intermédio e base, estavam determinados órgãos, cuja relação era mediada pela hierarquia administrativa. A tipologia da administração dependeria do tipo de Constituição Administrativa, ou seja; do tipo de governo, pois seria aquele que “extra constitucionalmente” daria “vida à Administração Pública na senda do que era estabelecido pela Lei constitucional. Tal é que, no âmbito das competências administrativas competia ao Governo dentre outras; dirigir os serviços e a actividade da administração do estado, superintender a administração indirecta, exercer a tutela sobre a administração local autárquica e sobre as demais instituições públicas autárquicas, praticar actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico e social e à satisfação das necessidades colectivas. Toda a actividade administrativa deste o topo até a base, era concebida dirigida ou até mesmo influenciada pelo Governo, os ministérios suas direcções e departamentos, os governos provinciais, administrações municipais e até comunais estavam nos seus níveis sujeitos ao poder de direcção do Governo, pressupondo desde logo a existência de uma hierarquia Administrativa. As Empresas públicas, e Institutos públicos estavam sujeitos à superintendência do Governo, que ao mesmo tempo exercia tutela administrativa sobre as autarquias locais, ou seja; verifica-se a partir do regime acima apresentado que o Governo no âmbito das suas competências, aquilatadas às competências do Presidente da República e da Assembleia Nacional na aprovação de leis sobre a estrutura e funcionamento da Administração Pública, tinham o controlo e determinavam o rumo que aquela devia seguir, eram portanto a Administração Pública, ao mais alto nível. Nesta altura, foram aprovados os diplomas que até ao momento servem de base para a organização e actuação da Administração Pública angolana, constituindo por isso, uma referência intransponível para o seu conhecimento e domínio.

Neste contexto, foram aprovados vários diplomas que dentre outros aspectos visavam garantir a efectiva materialização dos direitos fundamentais dos cidadãos no

seu relacionamento com a administração, por outro lado, a criação destes diplomas apresentava-se desde logo como medida de impacto social, que o Governo de então pretendia ver realizadas.³⁸⁵

Até ao momento que tais diplomas foram aprovados, não havia no ordenamento jurídico angolano normas que regulassem o agir administrativo, inexistindo inclusive qualquer garantia jurisdicional³⁸⁶ contra a prática de actos administrativos. As exigências consagradas na Lei constitucional de 1992, não deram outro caminho ao legislador ordinário senão de corporizar as suas exigências nos domínios dos direitos fundamentais³⁸⁷ dos cidadãos, na perspectiva de defesa das suas posições face à Administração Pública. Por outro lado, e após transição do regime socialista puro para um mais suavizado, devido à questões puramente políticas, houve necessidade de se efectuar ao nível do aparelho administrativo, um conjunto de mudanças rumo à uma maior abertura política e económica, com fortes implicações para àquele³⁸⁸. É neste contexto que dever ser entendido o surgimento do Decreto-lei 16-A/95.

Portanto, a Lei constitucional de 1992 consagrou pela primeira vez um verdadeiro sistema administrativo, vinculado a determinados padrões, donde se destacavam os direitos fundamentais dos cidadãos e o Direito enquanto padrão que definia a sua actuação. Os principais traços estavam consagrados nos artigos, 1º, 2º, 5º, 7º, 10º, 12 nº2, 13º, 14º, 18º 42, 43º, 53º, 54º, 55º³⁸⁹. Independentemente, a Lei 17/90 sobre os princípios a observar pela Administração Pública, já determinava a subordinação da Administração à lei, princípio consagrado posteriormente pela Lei 23/92.

No entanto, as mudanças que se cristalizaram na nossa ordem jurídica após aprovação da Lei 23/92, eram previsíveis porquanto já em 1988, quando vigorava entre

³⁸⁵ A propósito da Lei de impugnação dos actos Administrativos, Pitra Neto, A Lei de impugnação dos actos administrativos. Notas e comentários. Procedimento e Contencioso Administrativo, textos e legislação, Ministério da Administração Pública Emprego e segurança Social, 1999 p 16.

³⁸⁶ João Caupers, O controle jurisdicional da Administração Pública nos Estados lusófonos, Cadernos de Justiça Administrativa nº 3, Maio/Junho de 1997 p 5.

³⁸⁷ Sobre o tratamento dos direitos fundamentais na ordem jurídica angolana, António Bengui, Experiência constitucional angolana e a justificação dos direitos fundamentais, Mayamba 2012.

³⁸⁸ Veja-se o Preâmbulo da Lei que aprovou a Lei 23/92, para a compreensão do contexto das alterações.

³⁸⁹ Cremildo Paca, As Autoridades Administrativas independentes e o Provedor de Justiça no Direito Angolano, edições Maianga 2011, 91.

nós uma Constituição económica marcadamente socialista³⁹⁰, foi aprovado um pacote legislativo que ideologicamente rompia com o regime vigente, onde por exemplo pontificava a Lei das privatizações e a Lei dos investimentos estrangeiros, ora esta antecipação legal está intimamente ligada à realidade factual que estava muito mais adiantada que a lei. Por outro lado, a ineficiência da actuação da administração económica gerou distorções internas ao nível do sistema socialista que já não conseguia fazer face às necessidades das populações que eram neste sentido obrigadas a procurar soluções em função da escassez de bens. A ineficiência da actuação do Estado na satisfação das necessidades colectivas, motivadas pela impreparação dos órgãos e centralização das actividades naquele, sem a colaboração com outras entidades – o Estado não pode fazer tudo – deu origem a um mercado paralelo, dominado por particulares, realidade impossível segundo os postulados socialistas. Neste sentido e legitimando esta antecipação dos factos à lei, o Estado acabou por aprovar os diplomas acima referidos. A partir desta altura, começou a haver uma maior preocupação com aspectos de eficiência e eficácia da actuação administrativa, o que de alguma forma justificou a aprovação de leis sobre a actuação da Administração Pública, dentre elas o Decreto-lei 16-A/95. Daí que o Decreto tenha garantidamente se preocupado com questões de transparência da actuação administrativa, como forma de combater a corrupção que as distorções ao sistema socialista haviam provocado. Em suma, a aprovação do Decreto-lei 16-A/95 representou o culminar de um processo que visava colocar o Procedimento Administrativo, no centro da abordagem quando se discutia o fenómeno da actividade administrativa em Angola³⁹¹. O legislador reconhece a importância e confere o devido tratamento ao instituto, que se coloca mesmo como condição *sine qua non*, para a o desenvolvimento económico e melhoramento da qualidade de vida das populações, corporizada pela eficiência na tarefa de satisfação das necessidades colectivas. Portanto, o Decreto tornou-se o centro nevrálgico da actuação administrativa, passando mesmo a ser considerado como enciclopédia do

³⁹⁰ Sobre o modelo de Constituição económica então vigente em Angola, Domingos Francisco João, *Temas essenciais do Direito da Economia Angolana*, Escolar editora, 2014 p 58 ss.

³⁹¹ Sobre as inovações consagradas pelo Decreto no nosso ordenamento jurídico, veja Carlos Feijó, *in* *Procedimento Administrativo e Contencioso Administrativo*, Ministério da Administração Pública Emprego e Segurança Social, Luanda 1999 páginas 43-45. Paralelamente sobre as inovações então consagradas no Código de Procedimento Administrativo português de 1992, Freitas do Amaral, *O novo Código do Procedimento Administrativo*, Seminário Fundação Caloute Gulbenkian Lisboa 1993, p 24 ss.

Direito Administrativo angolano³⁹². Não seja o facto de ter consagrado determinados princípios transversais a este ramo do direito e por ter um âmbito de aplicação extremamente abrangente, incluindo-se os poderes legislativo e judicial.

Portanto da leitura do preâmbulo do Decreto, pode-se facilmente compreender que na base da sua criação estão três ideias basilares;

- a) O princípio da legalidade que impõe ao Estado a adopção de um conjunto de regras que o limitam na sua actuação e que se manifestam na sua relação com os particulares, fundamentalmente porque na sua movimentação baseada no referido princípio, ela terá como limite os direitos dos cidadãos, portanto, para o legislador o princípio da legalidade passou a ser o centro da actuação e da organização administrativa;
- b) O efeito irradiante dos direitos fundamentais impõe a adopção de um conjunto de mecanismos em ordem a sua efectivação, não apenas pelos tribunais, mas antes no seio das relações entre administração e cidadão. De modo que as ilicitudes desta sejam reprimidas antes que cheguem à apreciação dos órgãos judiciais, para o efeito, devem ser consagradas garantias preventivas e impugnatórias;
- c) Por fim, a necessidade de parametrizar o contacto entre a administração e os particulares, de modo a limitar os excessos que o uso de poderes administrativos pode originar. O que justifica a criação de regras prévias consideradas denominador comum, entendimento que mais recentemente justificou o surgimento e estudo da figura da relação jurídico-administrativa.

Ora, claro que postas desta forma as normas consagradas pelo Decreto, representam um grande avanço para o exercício e organização da actividade

³⁹² O legislador não foi ousado porquanto tinha a oportunidade de conceber nesta altura um verdadeiro Código. Para o efeito valem as palavras do Professor Rogério Soares a respeito da codificação do Procedimento: ...”Ora bem, creio que não será exagerado se puder afirmar-se que qualquer código, qualquer que ele seja, exprime sempre uma ideia totalitária e orgulhosa, e manifesta um incómodo desejo de pompa. E na especialidade, isto é, pensando aqui num código de procedimento administrativo, quase me apetecia acompanhar Baring quando dizia que um código de procedimento administrativo era fruto de um complexo de inferioridade perante as construções do direito privado. De qualquer maneira, um código para o ser, tem de afirmar-se como um edifício mais ou menos imponente, às vezes mesmo com um gosto barroco, no qual frequentemente as necessidades de regulamentação ficam ultrapassadas pelo desejo de equilíbrio arquitectónico”. Rogério Soares, Codificação do procedimento administrativo hoje, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica portuguesa, vol VI 1992 p22.

administrativa, bem como para as garantias dos direitos dos cidadãos, a partir desta altura pode-se com toda a segurança afirmar que começávamos a dar os primeiros passos rumo a consagração de uma Administração Pública devidamente focada na materialização do interesse Público. No entanto nem tudo correu bem³⁹³ porquanto, o Diploma em questão ancorou-se em determinados padrões clássicos e que nem sempre soube evidenciar da melhor maneira a perspecria personalista que o Direito Administrativo deve cultivar, face às directrizes que resultavam da Lei 23/92.

2.2. Os principais pecados do Procedimento Administrativo no decreto 16-A/95.

Como afirmamos no tópico anterior, o modelo de Administração consagrado no Decreto, não se coaduna com os mais recentes desafios que a evolução social colocou ao Direito Administrativo. Se este problema já se levantava na altura da sua aprovação, quanto mais não seja nos dias actuais em que os paradigmas de avaliação da administração mudaram completamente, havendo neste sentido uma transferência da centralização, da administração e seus poderes, para o cidadão enquanto “cliente” seu, que por força desta mudança, passa a ser prioridade da actividade administrativa, do mesmo modo que são colocados vários mecanismos jurídicos que garantem a realização das suas legítimas pretensões e deiam corpo a esta nova teoria.

Para além de aspectos gerais, como o tipo de linguagem usada, ou ainda algumas inconsistências de ordem sistemática³⁹⁴, incompletude de alguns artigos, prazos desajustados à nossa realidade, inexistência de referência ao costume, o Decreto

³⁹³ Sobre a aplicabilidade das normas do Código de Procedimento Administrativo português de 1992, Mário Gonçalves Pereira, Algumas reflexões sobre o Código de Procedimento Administrativo, O Código de Procedimento Adminsitrativo, Seminário Código de Procedimento Administrativo e o cidadão seminário promovido pela Provedor de Justiça e INA Lisboa 1993 p 168ss.

³⁹⁴ Veja-se por exemplo, a consagração legal das regras sobre o Procedimento Administrativo, antes das normas sobre a actividade Administrativa, capítulos V e VI respectivamente, como se o Procedimento não se integrasse na actividade Administrativa. A tendência de excluir o Procedimento da actividade administrativa, é igualmente evidenciada pela designação do diploma, Normas do Procedimento e da Actividade Administrativa, bastava a referência ao Procedimento ou à actividade administrativa, e não às duas, o que nos conduz à uma redundância. Sobre esta questão, mas com um sentido diferente aplicada à realidade portuguesa com fortes reflexos para a nossa realidade veja José Tavares, Administração Pública e Direito Administrativo, para o seu estudo e compreensão, Almedina Coimbra 1992 p 109.

padece de outras insuficiências relativas ao procedimento, que serão neste ponto analisadas na especialidade.

A. O problema do conceito legal de Procedimento Administrativo.

O artigo 1º do Decreto define Procedimento Administrativo da seguinte forma: *É considerado procedimento administrativo³⁹⁵ a sucessão ordenada de actos e formalidades com vista a formação e manifestação da vontade dos órgãos de Administração Pública.*

Ora do conceito legal de Procedimento³⁹⁶ resultam fundamentalmente duas críticas, a primeira tem a ver com o conteúdo excessivamente objectivista da noção, na medida em que nenhum momento se faz referência aos particulares, ou seja, para a definição, o procedimento está apenas ao serviço dos interesses da administração, porquanto garantirá de forma legítima a exteriorização da sua vontade. Na parte final do conceito deveria ser adicionada a seguinte ideia ... *no respeito dos direitos dos cidadãos que poderão exercê-los no decurso da marcha.*

Esta referência é importante quanto mais não seja porque iria evidenciar a dimensão subjectivista do Procedimento Administrativo enquanto limite da actuação administrativa, deveria ser assim na medida em que a prática ajudou a provar que a administração na sua actuação nem sempre respeitou os direitos dos cidadãos, fruto da sua dimensão objectivista e positivista voltada unicamente para a prossecução do interesse público. Daí que para o nosso ordenamento jurídico a referência aos direitos

³⁹⁵ O definido não deve entrar na definição.

³⁹⁶ O legislador tem a liberdade para incluir no conceito de procedimento os elementos que achar necessários, na medida em que não existe um padrão. Deve-se optar por um conceito completo e que abarque todos os aspectos que o Procedimento deve englobar, um exemplo de liberdade na construção do conceito temos o ordenamento jurídico Alemão. *A los efectos de la presente ley, el procedimiento administrativo consiste en la actividad de las autoridades administrativas que producen efectos externos a la administración dirigido al control de los presupuestos, a la preparación y a la emisión de un acto administrativo o a la conclusión Ley alemana de procedimiento administrativo de un contrato de derecho público; abarca la emisión de un acto administrativo o la conclusión de un contrato de derecho público.* Ou ainda a definição criada pela doutrina Argentina, porquanto inexistente naquele país qualquer conceito legal de Procedimento Administrativo; el complejo de actos sucesivos, con individualidad jurídica propia pero vinculados por una finalidad común, que sirve de cauce a la función administrativa. Por Julio C. Durand El procedimiento administrativo en la argentina, Tendencias...ob cit...p 290.

dos cidadãos deveria fazer parte do conceito, ainda que fosse para efeitos psicológicos, no sentido de inibir a administração a agir em desrespeito daqueles.

Uma segunda nota tem a ver com omissão no que a dimensão executiva³⁹⁷ se diz respeito, o conceito não abarca no seu conteúdo a execução dos actos, o que fez com que durante muito tempo a prática destes actos não seguisse um itinerário, pois se pensou que estavam isentos deste, o que não é verdade. Se para a manifestação da vontade da administração seguimos o procedimento, porquê não o fazer por altura da sua execução. A marcha é exigível neste primeiro estágio para garantir a defesa das posições subjectivas dos cidadãos, deste modo não se pode esperar que para a execução desta vontade que supostamente causa mais danos aos cidadãos, por força do privilégio de execução prévia³⁹⁸ próprio dos sistemas administrativos de matriz francesa, não se segue o itinerário, que neste caso irá funcionar como garantia de que a execução seja legal, por dois motivos; seguir o melhor itinerário, o que foi estabelecido pelo legislador, respeito pelos direitos dos cidadãos destinatários da execução.

B. Os conceitos indeterminados no Decreto-lei 16-A/95.

Uma leitura atenta ao Diploma permite constatar que em vários artigos, são usados com alguma frequência conceitos indeterminados, o que não se afigura problemático, se não fosse o facto de muitas vezes estes conceitos serem utilizados pela administração em desfavor dos cidadãos, fundamentalmente porque a sua natureza permite várias interpretações que na verdade devem ser sempre fundamentadas e vinculadas à valores fundamentais do ordenamento jurídico, aspecto totalmente desconhecido pelos funcionários públicos angolanos.

De qualquer das formas e atendendo ao nosso contexto, a adopção de conceitos indeterminados foi uma má opção, se olharmos para os 20 anos de aplicação do

³⁹⁷ No mesmo sentido, Carlos Feijó, *in* Procedimento Administrativo e Contencioso Administrativo, Ministério da Administração Pública Emprego e Segurança Social, Luanda 1999 p 35 ss.

³⁹⁸ Sobre o privilégio de execução prévia dentre outros, Rui Guerra da Fonseca, *ob cit...*p241ss.

Decreto. Estão nestas situações as expressões perfeito conhecimento do conteúdo dos actos, decisão urgente, lesão grave ou de difícil reparação, e tantas outras expressões. Por exemplo, o interesse público tem sido usado muitas vezes para justificar a tomada de decisões por parte da administração, no entanto, nem sempre se verifica uma qualificação acertada da situação e usa-se o instituto para justificar e afastar a materialização de qualquer outro interesse, quando na verdade em função dos elementos em presença podia-se tomar uma decisão justa e equilibrada, em respeito ao interesse do cidadão e ao mesmo tempo, valorizando o interesse da colectividade. Por outro lado, o interesse público é usado para a tomada de decisões que na verdade pretendem realizar os interesses privados, ou seja; usa-se a máquina administrativa estadual com todos os seus poderes, para realizar interesses puramente privados e sem qualquer conexão com a colectividade. Exigindo-se para pôr cobro a esta situação, que o legislador no exercício dos poderes constitucionalmente atribuídos, determine o conceito e fixe os marcos do conceito de interesse público.

Resta apenas garantir que pelo menos estas situações possam ser controladas pelos tribunais na análise dos casos que lhe são apresentados pelos cidadãos envolvendo a administração como contraparte. Já dissemos na primeira parte da monografia, que os tribunais devem controlar todos os actos praticados pela administração, inclusive a aplicação por estes de conceitos indeterminados.

Na Alemanha o controlo judicial da aplicação dos conceitos indeterminados foi oscilando entre um controlo limitado e ocasional a um controlo pleno da interpretação e aplicação feita pela administração com fundamento principal no princípio do Estado de direito democrático. Entretanto, por força da pressão exercida por algumas correntes que apregoavam a ideia da margem de apreciação, o controlo ficou reduzido a determinadas situações e matérias.³⁹⁹ Mesmo na França que sempre se defendeu a ideia da separação de poderes e por força disso de um espaço detido pela administração, em que não era possível a intervenção de outros poderes, a ideia do controlo do uso de conceitos indeterminados foi amplamente defendida pela jurisprudência. Havendo neste domínio a distinção entre um controlo mínimo da qualificação dos factos um

³⁹⁹ António Franciso de Sousa, *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, Almedina 1994, p 159.

controlo normal e um controlo máximo quando o poder discricionário põe em causa o exercício de liberdades públicas ou o direito de propriedade.⁴⁰⁰

As várias instituições e a própria sociedade no geral devem efectuar um controlo sobre a actividade administrativa, *ipso facto*, sobre a utilização de conceitos indeterminados pela administração. Neste sentido, e por força do princípio da separação de poderes a constituição pode distribuir por vários órgãos competências para controlar e fiscalizar a actividade administrativa, nestas situações os tribunais deverão opor-se – sob pena de violar àquele princípio – quando o controlo do uso de conceitos indeterminados, em desrespeito a distribuição feita pela constituição, for diferido a outro órgão.⁴⁰¹

A revogação de um acto discricionário pode ser entendida e usada como forma de auto-controlo, aquando da utilização de conceitos indeterminados pela Administração. Fundada essencialmente na existência de uma competência dispositiva não havendo em princípio qualquer limitação ao exercício daquele poder, fundamentalmente quando se quer revogar um acto inicialmente dimanado⁴⁰². Por outro lado, a dinâmica da actuação administrativa perfeitamente alinhada e determinada pela realização do interesse público, pode em algumas circunstâncias ditar a revogação dos actos praticados, por exemplo quando estes se mostrem desalinhados com àquele interesse. Portanto a eliminação de actos discricionários revela a ideia de um poder revogatório ao mesmo tempo discricionário que impende sobre um acto administrativo⁴⁰³, deixando claro que à administração é sempre possível recuar nas suas posições por impulso dos cidadãos, ou por sua própria iniciativa e que a dinâmica administrativa enformada pelo princípio da prossecução do interesse público, determina a viragem do curso da actividade administrativa de minuto à minuto, havendo no bom sentido do termo, uma espécie de “instabilidade administrativa” que por si só revela a inconformidade da administração na busca do melhor para a colectividade.

⁴⁰⁰ António Francisco de Sousa, *Conceitos...* ob cit...p 166.

⁴⁰¹ António Francisco de Sousa, *Conceitos...* ob cit...p 222.

⁴⁰² José Robin de Andrade, *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2ª edição Coimbra Editora, 1985, p 70.

⁴⁰³ José Robin de Andrade, *A Revogação dos Actos Administrativos...* ob cit...p 77.

Enfim, devemos começar a pensar na possibilidade de instituir-se uma figura garantística que visa essencialmente proteger o particular contra situações ilegalmente flagrantes, praticadas ao abrigo de poderes discricionários, uma espécie de direito de resistência⁴⁰⁴ administrativa⁴⁰⁵, por intermédio da qual, o cidadão recusa-se a cumprir uma ordem da administração grosseiramente ilegal. Para tal seria necessário que a lei indicasse de forma taxativa as circunstâncias legítimas para admissão de tal inacção. Por exemplo, demolição de uma residência sem qualquer notificação, execução de acto administrativo sem que tenham sido notificados os destinatários do acto. Portanto, impõe-se a busca de soluções de modo a prevenir e combater as ilegalidades praticadas pela administração, não apenas por via do recurso aos próprios órgãos da administração, mas através de mecanismos através dos quais se dê ao cidadão instrumentos para que seja ele por meios próprios, a prevenir ou reprimir a ilegalidade dos actos administrativos. Independentemente, deverão os tribunais socorrer-se dos vários mecanismos criados para averiguar a legalidade da aplicação dos conceitos indeterminados pela Administração Pública.⁴⁰⁶

Os cidadãos estão acautelados contra qualquer falha dos juízes por altura do julgamento das causas em que se discutem questões de natureza administrativa, na medida em que a Constituição da República de Angola, prevê, a responsabilização do Estado por actos praticados pelos poderes legislativo, executivo e judicial. Deste modo, e para além dos habituais recursos, o cidadão pode responsabilizar o juiz por falhas cometidas durante o julgamento⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Sobre o direito de resistência em Direito Administrativo, Rui Guerra da Foseca, O Fundamento...ob cit.. 788

⁴⁰⁵ Sobre o Direito de resistência na Constituição Portuguesa, dentre outros, Catarina Santos Botelho, A tutela Directa dos Direitos fundamentais, avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional, Almedina 2010, p 118-120.

⁴⁰⁶ Sobre os critérios para o controlo jurisdicional dos conceitos legais indeterminados dentre outros, António Francisco, Conceitos...ob cit...p 222 sss.

⁴⁰⁷ Sobre o tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, 2ª edição Coordenação de Fausto de Quadros, Almedina 2004. João Aveiro Pereira, A Responsabilidade Civil por actos jurisdicionais, Coimbra Editora 2001. Carla Amado Gomes, Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das entidades Públicas, Lisboa 2010. Maria José Rangel de Mesquita, O regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades Públicas e o Direito da União Europeia, Almedina 2009. Carlos Alberto Cadilha, Regime da responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades Públicas, anotado, Coimbra Editora 2008. Rui Medeiros, Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos, ensinar e investigar,

C. Algumas “pontas soltas” referentes ao Procedimento no Decreto-lei 16-A/95.

O Decreto prevê essencialmente 4 fases no que a estruturação do procedimento diz respeito; a fase inicial, a instrução, audiência dos interessados e a decisão⁴⁰⁸. Já vimos na primeira parte quais os elementos que se devem ter em consideração quando se quer estruturar um procedimento administrativo equilibrado e justo. Desta forma, nesta fase apenas iremos tecer algumas considerações acerca da estruturação sistemática do procedimento no Decreto.

Razões de índole sistemática⁴⁰⁹ levam-nos a questionar o modo de arrumação de algumas normas do Decreto. Assim, as regras que estabelecem o regime jurídico aplicável aos interessados aparecem antes das normas sobre o procedimento propriamente dito, quando na verdade elas deveriam ser enquadradas na parte referente à audiência dos interessados, isto posto, teríamos uma secção que para além da audiência como tal, definiria as condições para a intervenção no procedimento. Por razões que se prendem com economia de tempo, pois evitaríamos o manejo desnecessário do Decreto, e concentraríamos a matéria sobre os interessados num único capítulo, evitando-se dispersões. A opção do legislador dá a entender que ao nível do procedimento existem várias categorias de interessados, os que podem intervir no procedimento, e os que têm direito à audiência, quando na verdade todos eles são interessados e têm direito à audiência, neste domínio o que deve haver é uma hierarquização das formas e modos de intervenção em função dos interesses das partes. A multiplicação desnecessária de normas verifica-se ainda em outros aspectos, veja-se

Universidade Católica de Lisboa Editora, 2005. Responsabilidade civil extra-contratual do Estado, trabalhos preparatórios, Ministério da Justiça. Coimbra editora 2002.

⁴⁰⁸ Sobre a estruturação do Procedimento Administrativo no Código de Procedimento Administrativo de 1992, dentre outros, Freitas do Amaral, Fases do Procedimento Administrativo do 1º grau, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica portuguesa vol VI 1992 p 26-27.

⁴⁰⁹ Sobre o conceito de sistema jurídico e todos seus contornos, Claus- Wilhem Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito, versão portuguesa traduzida por Menezes Cordeiro, 4ª edição Fundação Calouste Gulbenkian, 2008 p 9 ss. José de Melo Alexandrino, A estruturação do Sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, vol I Almedina 2006 p 62 ss. Kar Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, 5ª edição, versão portuguesa traduzida por José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009 p 621 ss.

por exemplo o artigo 33º que faz referência à audiência dos interessados, pela sua natureza deveria fazer parte do regime do artigo 30º, pois pode causar confusão aos cidadãos face ao que vem consagrado no artigo 52º, que na nossa opinião deveria congrega todas as normas sobre audiência dos interessados, porquanto da forma como estão arrumadas, dificulta a compreensão particularmente dos não juristas⁴¹⁰. Por outro lado, parece oportuno começarmos a reflectir em torno da expressão interessados, na medida em que carrega uma dimensão excludente, ao ponto de colocarmos o seguinte questionamento: se não for interessado não deve intervir no procedimento? Tal como afirmamos em outra altura, qualquer indivíduo pode se nisso tiver interesse intervir no procedimento, pelo que o critério para aferir a intervenção deve ser deixado a cargo próprio cidadão. Ele pode não se enquadrar nos critérios legais usados para legitimar a intervenção, mas na sua qualidade de cidadão, morador da zona afectada pela actuação administrativa, especialista, manifestar a pretensão de colaborar e intervir no procedimento (situação que o princípio da colaboração não acautela, fundamentalmente quando se discutem aspectos relativos aos poderes que o cidadão por altura da sua intervenção no procedimento, pode usar), pelo que neste caso melhor seria usar a expressão cidadão ao invés de interessado que traça apenas dois caminhos entre os interessados e os não interessados, o que não é verdade, porque existem outras pessoas com verdadeiros interesses em participar e que não se enquadram no leque os denominados interessados. Paralelamente, devíamos consagrar normas sobre as intervenções dos cidadãos no procedimento⁴¹¹, por via da exemplificação de algumas situações legitimadoras da sua participação⁴¹², por exemplo os que residirem próximo

⁴¹⁰ A maior parte dos funcionários da Administração Angolana não é formada em Direito.

⁴¹¹ Em Portugal por altura da aprovação do Código de Procedimento Administrativo de 1992, as Associações políticas estavam excluídas de intervir no Procedimento, para mais detalhes, João Osório, O Código de Procedimento Administrativo – “Marcha do Procedimento Administrativo” in Código de Procedimento Administrativo e o cidadão seminário promovido pelo Provedor de Justiça e INA Lisboa 1993 p 179.

⁴¹² Tal como acontece no ordenamento jurídico Alemão, com a Lei do Procedimento Administrativo. *Artículo 13. Partes* (1) Son partes el requirente y el requerido, 2. aquellas a las cuales la autoridad administrativa quiere dirigir o ha dirigido el acto administrativo, 3. aquellas con las cuales la autoridad administrativa quiere concluir o con quien ha concluido un contrato de derecho público 4. aquellas que han sido llamadas a participar en el procedimiento por la autoridad administrativa en virtud del apartado. “La autoridad administrativa puede, de oficio o a solicitud, citar al procedimiento en calidad de parte a aquellos cuyos intereses jurídicos pueden ser afectados por el resultado del procedimiento. Si el resultado del procedimiento tiene efectos jurídicos constitutivos para un tercero, éste debe, a solicitud, ser llamado a participar en el procedimiento en calidad de parte; en la medida que es conocido por la autoridad

da zona em que se vai praticar o acto, os que não concordarem com a prática do acto desde que apresentem motivos plausíveis etc, estaríamos com esta solução a alargar o campo de intervenção dos cidadãos. É uma opção que encerra alguma complexidade no que a legística diz respeito, mas seria a melhor solução para os cidadãos na medida em que ajudaria imenso na compreensão e aplicação da referida norma⁴¹³. Felizmente o nosso legislador não faz distinção entre os que podem intervir no procedimento e os que o podem iniciar, o que de alguma forma nos permite concluir que as pessoas que podem intervir no procedimento também podem iniciá-lo, só assim estaríamos a conferir à intervenção o seu verdadeiro sentido, porquanto ela pode-se dar a vários níveis, dentre todos eles a possibilidade de despoletar um procedimento afigura-se como a faceta mais importante, porquanto todas as outras dimensões resultarão desta, pois quem inicia um procedimento⁴¹⁴ pode intervir nele a qualquer altura e exercer determinados poderes de modo a influenciar a decisão final a ser tomada pela administração, evidenciando neste caso a função de concertação do procedimento.⁴¹⁵

Outra questão que não pode passar despercebida tem a ver com as medidas instrutórias. Elas podem ser arbitradas em qualquer fase do procedimento, logo para garantir um melhor entendimento e consequente aplicabilidade de tais medidas, elas deveriam estar consagradas na parte referente às disposições gerais, de modo a fazer *jus* à ideia da sua aplicabilidade em qualquer fase do procedimento, pois ali estão ou devem pelo menos estar, as normas que se aplicam à todas as fases do procedimento.

administrativa, ella debe comunicarle el inicio del procedimiento. 3. Quien sea oído en el procedimiento administrativo, sin que los presupuestos del Apartado 1º se encuentren reunidos, no deviene parte".

⁴¹³ "Por conseguinte, o que devemos averiguar são as formas através das quais permite o CPA a participação no procedimento aos titulares dos vários interesses envolvidos no objecto procedimental. Ilustrativamente, o CPA faz referência a esses sujeitos, denominado-os de "interessados", dispondo que para efeitos do estabelecido no código estes são os sujeitos previstos nas alíneas b), c) e d) referidos no nº 1 do artigo 65º que tenham vindo ao procedimento manifestar a intenção de obter um tal estatuto. Mas a lei está longe de ser esclarecedora quanto a esta matéria, pois, por um lado, esta definição não nos indica quem, concretamente, de entre essas várias categorias genéricas de sujeitos, pode considerar-se interessado e, por outro lado, nada diz acerca do conteúdo de um tal estatuto subjectivo". Francisco Paes Marques, Os Interessados Os interessados no novo Código de Procedimento Administrativo, *in* Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo p 594.

⁴¹⁴ Neste sentido, Francisco Paes Marques, Os interessados...ob cit...p 597.

⁴¹⁵ Neste sentido, Francisco Paes Marques aponta 3 grandes funções ao Procedimento; Informação, Concertação, e articulação sistémica. Francisco Paes Marques, Os interessados no novo Código de Procedimento Administrativo, *in* Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo...ob cit...p 592.

Podem ser arbitradas em favor da administração ou dos cidadãos qualquer tipo de medida provisória⁴¹⁶, nestes termos e por forma a ser um instrumento de realização equilibrada de interesses, deveríamos ter na secção referente ao instituto um sub-procedimento⁴¹⁷ a que a sua prolação estaria necessariamente sujeita. A regulamentação seguida concede à administração poderes discricionários, entretanto, nesta situação o poder atribuído deveria ser mínimo. Um outro aspecto que daria maior utilidade às medidas provisórias tem a ver com a entidade que as emite, é sempre a entidade que está a dirigir o procedimento, o que por si só não garante uma actuação imparcial. Entendemos que este poder deve ser exercido uma instituição diferente daquela que dirige o procedimento⁴¹⁸, podendo ser o Provedor de justiça, ou entidade equiparada e inserida na administração independente, ou em última instância, a Procuradoria-Geral da República. Por outro lado, as medidas provisórias assumem-se como verdadeiros actos administrativos⁴¹⁹ e como tal podem ser impugnadas administrativa e judicialmente, apesar da configuração do acto passível de impugnação

⁴¹⁶ Medidas provisórias conservatórias, medidas provisórias atencipatórias, medidas provisórias especificadas, e medidas provisórias não especificadas, medidas provisórias normativas e medidas provisórias não normativas. Sandra Lopes Luís, ... ob cit...p 743.

⁴¹⁷ Naturalmente os particulares afectados pela medida provisória, deverão ser ouvidos, neste sentido, Pedro Machete, Audiência...p 439.

⁴¹⁸ “Dentre as garantias que têm por finalidade prevenir a violação do princípio da imparcialidade, as garantias gerais ou objectivas são aquelas que, ao nível da organização administrativa ou do procedimento administrativo, procuram assegurar o desenvolvimento imparcial da função administrativa. São gerais, porque respeitam a todo um conjunto de valores e princípios de Direito Administrativo e não se destinam a proteger especialmente a imparcialidade administrativas; são objectivas porque respeitam ao modo de organização da administração ou ao modo de exercício da actividade administrativa independente do agente que em concreto exerça os poderes administrativos. Por outras palavras poderíamos dizer que são aqueles meios ou instrumentos que, no âmbito da organização administrativa e no âmbito das características objectivas da actividade administrativa, se afiguram adequados a garantir e a promover o exercício imparcial da função administrativa. Eis alguns meios para garantir a imparcialidade da Administração Pública; Participação dos cidadãos no exercício da função administrativa; existência de um procedimento administrativo; separação entre órgãos instrutórios e decisórios; concurso público como forma de acesso à função pública; publicidade da actividade administrativa. As garantias especiais ocupar particular destaque, elas se destinam especialmente a proteger a imparcialidade da Administração. São as garantias que não respeitam ao modo como se encontram repartidas as competências entre os órgãos administrativos ou a forma como devem ser exercidos os poderes administrativos, mas que respeitam à pessoa titular do órgão ou agente administrativo, à sua posição institucional ou funcional e à especial relação que possa ter com o objecto do procedimento administrativo ou com os interessados nesse procedimento. A imparcialidade administrativa pode ser assegurada preventivamente através das seguintes figuras; as inelegibilidades, as incompatibilidades, os impedimentos e as escusas. Por fim, o acesso aos tribunais constitui sem sombra de dúvida a maior garantia de realização do princípio da imparcialidade”. Maria Teresa de Melo Ribeiro, O Princípio da imparcialidade da Administração Pública, Almedina 1996 p 299 ss.

⁴¹⁹ “São actos praticados de forma unilateral que podem assumir a forma de acto administrativo ou de regulamento administrativo”, Sandra Lopes Luís, As medidas provisórias no novo CPA, in comentários...ob cit...p 739.

judicial, acreditamos que os cidadãos com base no princípio da tutela jurisdicional efectiva, poderão impugnar judicialmente as medidas provisórias⁴²⁰.

Apesar de se utilizarem excessivamente conceitos indeterminados⁴²¹, o que para nós não constitui problema na medida em que a ordem jurídica possui mecanismos para reprimir o uso indevido de tais conceitos pela Administração⁴²², a verdade é que é possível determinar os requisitos necessários para se puder arbitrar uma medida provisória; o *periculum in mora* e a ponderação de interesses⁴²³ e mais, é igualmente possível determinar em termos de padrão, o sentido das expressões indeterminadas usadas pelo legislador, a palavra grave por exemplo pode ser entendida ou significar *“que a lesão não pode ser insignificante, não pode causar um mero transtorno, mas exige, antes, uma intensidade e profundidade na afectação do interesse a proteger, ainda que tal possa ser reparável”*⁴²⁴. *“O qualificativo difícil reparação implica que a reposição da situação fáctica existente antes da afectação é custosa, embora ainda seja possível. Nestas duas situações muda o critério para aferição da afectação, na primeira atende-se ao critério da intensidade, enquanto na segunda atende-se o critério de reversibilidade”*⁴²⁵.

A ideia do *periculum in mora*, assenta sobretudo na interpretação que se faz do princípio ao nível das providências cautelares e que de certa forma já está totalmente cristalizada, de tal sorte que hoje na efectivação do conceito são reduzidas as margens de livre apreciação do agente. Por outro lado, o princípio evidencia um perigo ligado aos interesses em jogo, cuja realização ou não, pode acarretar sérios prejuízos cabendo no

⁴²⁰ Neste sentido, Victor Hernández-Mendible, Tendencias de los procedimientos administrativos en Venezuela, Tendencias actuales...ob cit...p 580.

⁴²¹ “Entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. Podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”. Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico, 10ª edição, versão portuguesa traduzida por João Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian 2008 p 208-209.

⁴²² Neste sentido Sandra Luís Lopes, As medidas...ob cit...p 756.

⁴²³ Sandra Luís Lopes, As medidas...ob cit...p 744.

⁴²⁴ Sandra Luís Lopes, As medidas...ob cit...p 746.

⁴²⁵ Sandra Luís Lopes, As medidas...ob cit...p 746.

caso às medidas provisórias a função de conter tais perigos e receios intrinsecamente ligados aos vários interesses.⁴²⁶

Resulta claramente das normas sobre as medidas provisórias que elas podem ser concedidas ou não, portanto há neste sentido um poder discricionário da administração, que pode ser vinculado⁴²⁷ na medida em que o indeferimento do pedido deve ser justificado pela administração, e porque o âmbito da discricionariedade é bastante fechado⁴²⁸ pois ele pode decidir entre o sim ou não, apenas duas alternativas se colocam, o que contribui para a diminuição da incerteza sobre os actos a realizar⁴²⁹. Daí que se defenda a consagração exemplificativa de alguns tipos de medidas provisórias, como forma de reduzir o âmbito da discricionariedade da administração na atribuição ou não da medida, - se tivermos o tipo de medida consagrado, o poder discricionário será cada vez mais reduzido porquanto já se sabe o que se pretende, bem como os requisitos para sua admissão- ou na determinação do seu conteúdo e garantir que os cidadãos e administração as usem pois já dominam os seus contornos e podem por força disso optar por aquela que melhor realiza as suas pretensões.⁴³⁰

Para o tipo de realidade com a nossa, seria de extrema importância, por razões didácticas e relacionadas à composição demográfica do nosso país, que o Decreto individualizasse todas as fases do procedimento administrativo, o que contribuiria igualmente para o fortalecimento da segurança jurídica. Dentro destas fases não pode de maneira alguma faltar (devidamente autonomizada) a referente à preparação da

⁴²⁶ Sandra Luís Lopes...ob citi...p 747.

⁴²⁷ Sobre o espaço livre do direito, campo livre da vinculação jurídica, dentre outros *vide* Castanheira Neves, Metodologia jurídica problemas fundamentais, Stvdia ivridica, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora 2013, p 207 ss.

⁴²⁸ “Com alguma relação com este conceito acima apresentado, temos a ideia da discricionariedade vinculada neste caso o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto. A incerteza que em todo caso frequentemente subsiste quanto à decisão justa seria então um mal que se tem de aceitar. Trata-se aqui de um espaço residual (portanto de um espaço livre – restringido) da subjectividade na apreciação do justo que persiste depois de terem sido consideradas e atendidas todas as possíveis regras e circunstâncias e que não pode ser totalmente eliminado”.Karl Engisch, Introdução...ob cit...p 220-221.

⁴²⁹ Em sentido contrário, David Duarte Procedimentalização...ob cit p 399.

⁴³⁰ Neste sentido, Sandra Luís Lopes...ob citi...p 755.

decisão⁴³¹ pelo órgão com competência para o efeito, como nem sempre é ele que se responsabiliza pela instrução do procedimento, terá de haver um momento de reflexão em volta dos contornos do processo que lhe são trazidos pelo instrutor. De modo que seja uma decisão que obtenha a sua anuência e assim se fale efectivamente de uma decisão “sua”. Nesta fase deve ser consagrada a faculdade de o órgão decisor puder encetar diligências caso as circunstâncias exijam, devendo haver prazos que sustentem estas opções. Tal proposta surge para evitar as situações em que o instrutor ao arrepio das normas sobre a imparcialidade pretende ver realizados no procedimento determinados interesses e influencia o decisor. Daí que igualmente tenhamos defendido a intervenção de vários funcionários a quando da instrução e os seus resultados serem colegialmente discutidos por uma comissão criada para o efeito ou não, como forma de evitar que apenas a vontade do instrutor seja serigrafada no procedimento.

Em termos gerais, acreditamos que o indeferimento ao nível destas matérias deve ser a última solução e apenas por factores irremediáveis, como por exemplo a incompetência, preclusão do prazo para se efectuar o pedido ou caso estejamos diante de situações grosseiramente ilegais. Independentemente do que se disse, em qualquer situação que se pretenda indeferir o pedido, dever-se-á conceder obrigatoriamente ao cidadão, a possibilidade de corrigi-lo, caso seja possível.

Por fim e não menos importante, temos a situação em que ao cidadão é vetada possibilidade de impugnar um acto administrativo que tenha aceite, (nº 3 do artigo 28º do Decreto), claramente que esta norma deve ser revista, porquanto se apresenta como violadora dos direitos fundamentais do cidadão, particularmente os que têm a ver com a impugnação de actos ilegais, portanto a norma ao apontar para este caminho parte do pressuposto incorrecto segundo o qual, as pretensões e vontade dos cidadão são inalteráveis, e ignora igualmente a influência do tempo na actividade administrativa. Portanto, dada a exigência da executoriedade e definitividade⁴³² se ele não impugnar administrativamente o acto perde igualmente a possibilidade de fazer ao nível judicial, situação que agrava a violação dos direitos dos cidadãos que deverão aceder aos

⁴³¹ Neste sentido João Martins Claro, A Marcha do Procedimento in Código de Procedimento Administrativo, Seminário Glubenkian...ob cit...p 67.

⁴³² Uma crítica à definitividade, Luís Filipe Colaço Antunes, A Ciência Jurídica Administrativa, Almedina 2013, p 427ss.

tribunais para impugnar os actos com fundamento na sua ilegalidade. Em última instância, a possibilidade de impugnar um acto que o cidadão tenha aceite sem reservas, deveria depender da análise concreta feita pela administração⁴³³ em que a sua resposta dependeria da volaração das situações em causa, por exemplo se a impugnação fosse o único caminho para evitar um mal maior.⁴³⁴ A aceitação com reserva naturalmente faz precluir o efeito principal da norma em análise, mas para tal a mesma deveria exigir que o funcionário explicasse o conteúdo do artigo e todas as suas consequências, que tal esclarecimento ficasse registado em acta, só assim faria algum sentido conteúdo do artigo em causa. Ligado ao princípio da decisão, está a situação em que se confere à administração a faculdade de deixar de se pronunciar sobre determinada matéria se tiver praticado, há menos de dois anos, um acto administrativo sobre o mesmo pedido e fundamento. (nº2 do artigo 9º). Em primeiro lugar, este artigo encontra-se desalinhado com as exigências resultantes da realização do interesse público que os actos administrativos devem carregar, de tal modo a alteração do interesse público provoca igualmente uma mudança no conteúdo dos actos da administração que o realizam. Não pode haver com certeza limite temporal a revogação dos actos administrativos, na mesma proporção não pode existir qualquer limite temporal para que os cidadãos possam voltar a solicitar um pronunciamiento da administração. Nos termos do artigo em análise, tal pedido só pode ocorrer passados dois anos mesmo sabendo que dentro deste intervalo de tempo, muita coisa pode acontecer. Independentemente, o cerne da questão consagrada neste artigo tem sobretudo a ver com a sua interpretação rumo ao esclarecimento dos vários elementos. Por exemplo, fala-se em órgão competente, e não em órgão requerido que são conceitos totalmente diferentes, podendo em algumas situações haver coincidência entre ambos. Em segundo lugar impõe-se que tenha havido um acto, não estando abrangido os casos de indeferimento tácito, de tal modo que passado o prazo para produção do indeferimento, o cidadão pode voltar a solicitar o pronunciamento da administração. O pedido não será o mesmo se por exemplo for solicitado ao abrigo de normas novas, mesmo que incidam

⁴³³ Não precisávamos de consagrar uma norma com este conteúdo, pois se a Administração tomou uma decisão que está em execução, em princípio assim deverá ser, a menos que aconteçam factos que justifiquem a reapreciação do caso, se não for invocado motivo relevante, para tal, a Administração pode negar e vetar o pedido.

⁴³⁴ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves, Pacheco Amorim, Código...ob cit...p287.

sobre o mesmo objecto, porquanto as normas novas apresentem-se no caso como um factor superveniente, ou ainda se forem apresentados outros fundamentos, estaremos igualmente diante de um aspecto superveniente que justifica a aceitação do pedido pela Administração⁴³⁵.

D. Dispensa da audiência dos interessados, crónicas de um destino anunciado.

O Decreto consagra a audiência dos interessados/ cidadãos como uma das fases do Procedimento Administrativo artigo 52º, o 53º estabelece as situações que podem justificar a dispensa da audiência, distribuídas em dois grupos de motivos; em termos objectivos o Diploma define as circunstâncias em que se verifica o afastamento da audiência, e outro subjectivo, em que se confere ao instrutor a possibilidade - discricionária pois mesmo se verificando estas situações ele pode realizar a audiência dos cidadãos – de realizar a audiência. Nisso, duas situações podem desde logo servir para construção de uma reflexão; legitimidade da administração para dispensar a audiência dos cidadãos e as consequências que resultam da violação das normas sobre audiência dos interessados, circunstâncias em que a administração está obrigada a ouvir o cidadão e não o faz.

A Constituição da República de Angola nos seus auspícios de modernidade elegeu a dignidade da pessoa humana⁴³⁶ como um dos seus principais pilares, o que de alguma

⁴³⁵ Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves, Pacheco Amorim, Código...ob cit...p288

⁴³⁶ “Ainda que a dignidade seja originariamente um valor moral, interessa-nos essencialmente a sua qualidade de princípio constitucional, ou seja, de norma jurídico-positiva, passível de produzir consequências jurídicas práticas. A crescente importância manifesta-se não só na disseminação da sua consagração expressa mas também na sua cada vez mais frequente invocação, tanto por parte da doutrina como da jurisprudência. Não é, no entanto, comum existir um consenso tão alargado em relação a um conceito jurídico, sobretudo tratando-se de um conceito tão pouco claro, pois apesar da sua recepção em diferentes instrumentos de Direito Internacional, e nas Constituições de vários Estados, não é consensual o sentido a atribuir ao princípio da dignidade. Se é incontestável que a dignidade constitui uma das pedras angulares do sistema constitucional, bem mais difícil é compreender quão são os seus efectivos usos jurídicos e condições de aplicabilidade. Por outro lado, a onipresença do tópico dignidade no debate público tem o inconveniente de um uso excessivo, em muitas ocasiões meramente retórico e escassamente argumentado, que conduz de forma inevitável a uma menor clareza de um conceito por si só já impreciso. É neste sentido que se fala de “uma inflação da dignidade, pelo menos como tendência”.Benedita Mac Crorie, Limites da Renúncia a Direitos fundamentais nas relações entre particulares, Almedina 2017, p76-78. Estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Jorge

forma justifica o tratamento generoso que a Carta Magna concedeu aos direitos fundamentais dos cidadãos com enfoque para o reconhecimento da sua intervenção aos vários níveis para a construção de uma verdadeira nação.

A Constituição da República de Angola consagra um conjunto de normas aplicáveis à Administração Pública que teoricamente permitem uma actuação mais eficiente e racional em ordem ao alcance do interesse público, tendo em referência o princípio do Estado democrático de direito. A importância conferida à administração é demonstrada pelo conjunto de artigos que de forma sistemática e sequencial estabelecem normas referentes à sua actuação artigo 198º a 202º. Tal tratamento estende-se aos particulares, na medida em que o artigo 200º estabelece um conjunto de garantias daquelas face à actuação da Administração⁴³⁷.

Pode-se com isso reitar que a Administração por ser a entidade que maior contacto mantém com os cidadãos⁴³⁸, está profundamente vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana quanto mais não seja pelo facto de a Constituição da República de Angola adiante CRA, elevar o indivíduo a novos patamares, abrindo com efeito, caminhos para que se possa começar a reflectir em torno da ideia da paridade entre este e a administração.

Este reconhecimento alastra-se para vários domínios, impondo ao Estado/Administração a obrigação de aceitar que os cidadãos participem em gestão dos assuntos públicos, sob diversas formas, acautelando determinados interesses. É neste sentido que a própria CRA estabelece a obrigatoriedade de audição dos cidadãos pela administração antes da tomada de qualquer decisão, nº1 do artigo 200º. Ora como

Pereira da Silva, Deveres...ob citi...p 459ss. Isabel Moreira, A solução dos Direitos Liberdades e garantias e dos Direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa, Almedina 2007 p 133ss. Jorge Reis Novais, Os Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra editora, 2004 p 51ss. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana no constitucionalismo, breve referência, Suzana Tavares da Silva, Direitos Fundamentais na arena global, Coimbra 2011, p10. Martin Kriele, Libertad Y Dignidad de la persona humana. Ponencia presentada a las Jornadas Internacionales de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en Pamplona los días 6 y 7 de febrero de 1981. Traducción de José M, Beneyto.

⁴³⁷ Sobre o figurino da Administração Pública na nova Constituição, Cremildo Paca, Poder executivo: Administração Pública, Administração independente e organização territorial, in Constituição da República de Angola, equandramento dogmático- A nossa visão vol III, Almedina 2015 p 241-326.

⁴³⁸ Ingo Von Munch, La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional, Traducción: Jaime Nicolás Muniz, Revista Española de Derecho Constitucional año 2. Núm. 5. Mayo-agosto 1982 p 31.

conjugar o disposto neste número com a dispensa da audiência dos cidadãos prevista no Decreto?

Importa a referir que a composição linguística usada no referido número é, os *cidadãos têm o direito de ser ouvidos...* evidenciado a perspectiva de imposição potestativa à administração que deve apenas garantir que este direito se realize.

Entretanto, a obrigatoriedade de audição não se circunscreve à audiência dos cidadãos, ao nível do procedimento eles devem ser ouvidos em qualquer fase⁴³⁹, sob pena de violação da CRA, na situação em que a decisão a ser tomada seja susceptível de afectar os seus direitos. Portanto daí resulta uma obrigação de o legislador consagrar esta abertura ao nível da legislação ordinária, permitindo assim que o cidadão intervenha no procedimento a qualquer altura, sem as rotulações entre interessados e não interessados, como elementos por meio dos quais se vai aferir a legitimidade para participar do itinerário.

Geralmente optimiza-se a participação dos cidadãos no procedimento, por via da admissão a audiência, para nela expor todos as suas inquietações receios e pensamento, entretanto esta forma de reflectir, levou a que se subalternizasse os outros meios de intervenção no procedimento, que se revelam complementares à audiência porquanto ela nem sempre cumpre com os objectivos que determinaram a sua realização, fundamentalmente porque na maior parte dos casos na fase da audiência, a administração já tem ideia da decisão a tomar, pelo que o esforço feito pelo cidadão pode se revelar inútil. Na verdade a ideia de ser ouvido não pode ser resumida ou confundida com a perspectiva de afastar a linha de pensamento da administração, uma ideia já cristalizada, -a ser assim nem adiantará falarmos em audiência- mas sim de expor pontos de vista que ajudarão na composição segundo os melhores critérios da decisão,

⁴³⁹ “Não basta com efeito, ser ouvido antes da decisão final (aspecto relevante para efeito da elaboração dos factos em vista da sua valoração); não menos relevante é a possibilidade de participar na verificação e identificação de outros factos relevantes. A participação instrutória que ora se considera deve ser entendida em sentido restrito: verificação e identificação da factualidade relevante. Neste particular avultam a possibilidade de os interessados oferecerem meios de prova (cfr o art. 88º nº 2) e de poderem participar na preparação e produção de diligências instrutórias que envolvem a percepção, a apreciação ou valoração de factos com base em conhecimentos especiais que escapam à experiência comum das pessoas (cfr os arts 95º a 97º) um complemento importante destes poderes de participação instrutória, sobretudo em relação aos meios de prova assumidos pela Administração sem submissão ao contraditório pelos interessados, é o direito à informação”. Pedro Machete, Audiência...p 443-444.

de tal sorte que até antes da audiência o funcionário não saiba nada acerca da decisão a tomar. Entretanto, após ouvir as partes, em homenagem ao princípio do contraditório, ele estará em melhores condições para propor a decisão, sendo neste sentido a audiência condição *sine qua non* para apresentação citada proposta e consequentemente do veredicto. Deve ser legalmente consagrada a possibilidade de o funcionário ou o cidadão solicitar outras diligências após a audiência.

Outrossim, em regra e por força do disposto na al b) do nº 2 do artigo 53º do Decreto, quando o cidadão é convocado para se pronunciar é porque no geral a decisão será em sentido negativo⁴⁴⁰⁴⁴¹, pois se os elementos indicarem decisão favorável, o órgão instrutor pode dispensar a audiência, em regra e para poupar trabalho eles dispensam-na. Impõe-se algum cuidado ao abordar-se esta questão, pois podemos pensar que se a decisão é favorável deixam de prevalecer razões para que se ouça o cidadão, quando na verdade, da sua intervenção podem resultar outros elementos que não estão ao alcance da administração e que apenas o contacto com outras entidades podem evidenciar. Por outro lado, esta dispensa não deve prejudicar a possibilidade de o cidadão intervir no procedimento sobre outras formas, pois só assim é que estaríamos a dar à intervenção dos indivíduos no procedimento o seu verdadeiro tratamento, sem dependência absoluta da audiência, pois as várias alternativas de participação permitem realizar as suas pretensões. A probabilidade de dispensa, não afasta a possibilidade de a administração ouvir em audiência outros cidadãos.

Por outro lado, a audiência dos cidadãos é a fase do procedimento que melhor realiza os princípios ligados ao instituto, particularmente da colaboração, o direito à informação, o princípio do contraditório, concomitantemente da proporcionalidade, o princípio da participação, do interesse público, já que a administração está obrigada a tomar a melhor decisão possível de acordo com este princípio, e a melhor opção neste aspecto será àquela que resulta da conjugação de várias perspectivas e sensibilidades⁴⁴², com particular destaque para os cidadãos. Enfim, a criação do regime da audiência dos

⁴⁴⁰ Luís Cabral de Moncada, A relação... ob cit... p158.

⁴⁴¹ Contrariamente ao que se passa nos EUA, em que a Administração convoca o particular para ser ouvido, sem ter preparado qualquer proposta de decisão. Sobre o estudo do no ordenamento jurídico Americano, Luís Cabral de Moncada, Procedimento Normativo e Legalidade, uma perspectiva comparada, Estudos de Direito Público, Coimbra 2001, p 127ss.

⁴⁴² Neste sentido Luís Cabral de Moncada, Lei...ob cit...p 1130.

interessados, deve ser convenientemente pensado sob pena de prejudicarmos através de uma única acção, um conjunto de princípios e perspectivas.

A ideia da relação jurídica-administrativa, e a perspectiva de compará-la às relações jurídico-privadas, abre caminho para que se comece a pensar tal como sucede nestas relações que, -por exemplo ao nível dos contratos nenhuma parte pode alterar ou tomar uma decisão sem a anuência da outra, embora não se coloque exactamente nos mesmos termos- a administração não pode tomar uma decisão sem que à “contra-parte”, seja dada a possibilidade de se manifestar, ao menos que tal decisão lhe venha beneficiar. É assim que devemos entender a audiência dos cidadãos no procedimento administrativo, estamos diante de poderes e deveres recíprocos que vinculam da mesma forma ambas as partes.

São conhecidas pelas menos ao nível do procedimento algumas dimensões da participação, a garantística, a funcional e a instrutória⁴⁴³, esta tríade permite encará-la como elemento que confere maior democraticidade e legitimidade à actuação administrativa em particular às decisões.

As situações em que legalmente se dispensa a audiência dos cidadãos têm em si, questões de economia de meios, e de inconvenientes resultantes dos conflitos entre valores por si só legitimadores da realização e inerentes à audiência. O que nos leva a reflectir em torno das ponderações a serem feitas pelo legislador e pela administração assim, não podemos concluir que a ponderação que o legislador faz deve prevalecer permanentemente sobre todas as outras, sem atendermos às circunstâncias do caso concreto, pois quando se determina que não deve haver audiência no caso de uma decisão urgente, estamos a assumir que este cenário será imutável o que não corresponde a verdade, porquanto poderão existir decisões urgentes que não legitimam o afastamento da audiência dos cidadãos. Com alguns limites impostos e ao invés da solução legalmente parametrizada e perpétua que não atende às circunstâncias do caso concreto, deve-se nestas situações relevar a ponderação feita pela administração que decidirá se nesta ou naquela situação, a audiência pode ser dispensada, parece ser neste contexto, a solução mais justa. Numa perspectiva mais arriscada, por encerrar em si

⁴⁴³ Pedro Machete, Audiência...ob cit...p 274ss.

alguma complexidade devido a ideia que vimos defendendo acerca da ponderação, podemos afirmar que após interesse público, assumimos as nossas dúvidas e reticências para reconhecer outro valor que se imponha a ideia da participação e de colaboração do cidadão⁴⁴⁴ (algumas vezes, estes impõem-se àquele). O acto da administração antecedido pelo procedimento visa em primeira instância realizar o interesse público, motivo pelo qual existe a Administração Pública, ora qual o principal limite a esta actuação? Indiscutivelmente os cidadãos, os seus direitos e interesses, e como é que a administração passa a saber que alguns interesses a limitam? Claramente por via da participação dos titulares de tais interesses que levam ao conhecimento da administração que à sua actuação se impõem determinados obstáculos. Por outro lado, não basta que estes interesses cheguem ao conhecimento da Administração Pública, é necessário que se dê a eles o devido tratamento e se pondere acerca da sua relevância para o curso do procedimento. Não podemos esquecer que a audiência é o momento em que a administração ouve as razões e pretensões dos cidadãos e reflecte em torno da sua importância. De tal sorte que apenas o interesse público bem identificado pode determinar a dispensa da audiência, contudo em algumas circunstâncias o próprio interesse público determina que se realize a audiência dos cidadãos.

A dispensa da audiência dos interessados seria plusivamente entendida e justificada se consolidássemos ao nível do nosso ordenamento jurídico, a ideia segundo a qual a participação do cidadão não se deve circunscrever àquela⁴⁴⁵ e que as restantes formas de participação têm o mesmo efeito e podem alcançar os objectivos inicialmente

⁴⁴⁴“Relativamente à participação procedimental e à audiência dos interessados visa assegurar, em primeira linha a objectividade e aderência à realidade do procedimento: este deve integrar todos os factos e interesses necessários à concretização numa dada situação do interesse público justificativo da actuação administrativa. A audiência dos interessados é o principal instrumento de abertura do procedimento a outros interesses que não apenas os veiculados pela organização administrativa em ordem à aproximação entre a definição concreta do interesse público e o interesse geral. Mais do que o contraditório, está em causa a cooperação no esclarecimento dos pressupostos do exercício de competências administrativas e, designadamente, a definição concreta do círculo de interesses a considerar pela Administração em vista de uma democratização crescente da função administrativa – a participação funcional, ou seja, um complemento necessário da definição da missão administrativa tendo em conta o respectivo carácter compensatório da autonomia da acção adquirida pela Administração relativamente aos outros poderes do Estado”. Pedro Machete, A Audiência dos interessados nos procedimentos de concurso público, Ac do STA de 5.12.96, Caderno de Justiça Administrativa nº 3, Maio/Junho 1997 p 41-42.

⁴⁴⁵ Defendendo a realização da audiência dos interessados em vários momentos que não após a instrução, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos, Direito Administrativo...ob cit...p 136.

atribuídos à audiência, o que se quer garantir com isto é que a participação não fique prejudicada por no momento pretender-se realizar outros valores.

Assim ao legislador ordinário não resta outra alternativa⁴⁴⁶ senão ouvir sempre os cidadãos sob pena de violar o disposto na Constituição, pelo que o regime em questão deve ser alinhado ao estatuído na Carta Magna. Ao legislador ordinário não são dadas outras alternativas senão consagrar um regime que dê corpo ao que a CRA estabelece. Ainda assim, é perfeitamente atendível o argumento que defende a aplicação directa da norma constitucional em questão devido a sua natureza,⁴⁴⁷ sem intermediação legislativa. No seu papel de fiscalização administrativa da CRA⁴⁴⁸, pode um funcionário recusar-se a dispensar uma audiência com fundamento naquela norma constitucional. O seu conteúdo é tão concreto e consagra apenas uma solução, (ouvir os cidadãos) facilmente exigível e realizada *de per si*.

⁴⁴⁶ “A liberdade de conformação do legislador, além de primariamente delimitada pelos preceitos constitucionais onde nascem e crescem os deveres estaduais de protecção, está igualmente sujeita ao influxo de inúmeros princípios constitucionais e directrizes – quantas vezes de sinal contrário – que deles derivam. Entre esses princípios que balizam cumprimentos dos deveres estaduais de protecção encontram-se tanto (todos) os princípios constitucionais de natureza geral, quanto alguns princípios de vocação mais restrita – naturalmente com particular relevo nos domínios materiais em análise – quanto ainda (um ou dois) princípios que respeitam unicamente ao problema dos imperativos constitucionais de tutela. No tocante aos princípios de índole mais geral – como é o caso dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da protecção da confiança, ou da reserva e determinabilidade da lei”. Jorge Pereira da Silva, Deveres do Estado de protecção...ob cit... p 572.

⁴⁴⁷ “O preceito constitucional pode ser considerado self-executing se está provido de regras suficiente por meio da qual o direito assegurado pode ser exercido e protegido e a obrigação imposta exigida. Os conceitos constitucionais auto-operativos (self-executing) devem ser distinguidos em (i) declaração limitativa do poder legislativo a respeito de uma dada matéria; (ii) vedação constitucional positiva, não passível de alteração ou abrandamento pelo legislador. O enunciado auto-operativo não perde qualidade simplesmente porque prevê a edição de lei para torna-lo efectivo, e o mero facto de legislação ulterior vir a suplementar ou prescrever penalidade em virtude da inobservância do preceito constitucional não o torna ineficaz ante a ausência de lei indigitada”. Manoel Jorge e Silva Neto, Curso de Direito constitucional 8ª edição editora Saraiva 2013 p198.

⁴⁴⁸ “Os artigos 472º, 2 e 474 º da Reforma Aduaneira, da versão do Decreto-Lei nº 680/74, de 30 de Novembro, determinavam que as funções de praticante de despachante oficial fossem exclusivamente desempenhadas por indivíduos do sexo masculino. Em 1978 uma cidadã portuguesa requereu a sua nomeação como praticante de despachante oficial, o que lhe foi negado com fundamento nas disposições referidas. O Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República viria a pronunciar-se sobre o assunto, mediante parecer no qual se defendia que o requerimento da cidadã em causa deveria ser apreciado de acordo com as regras de recrutamento vigentes omitidas apenas as que consagram discriminatórios, inconstitucionais por violação do princípio da igualdade (artigo 13º CRP). Mediante homologação do parecer, o Secretário de Estado do Orçamento viria a decidir neste sentido, determinado portanto a desaplicação das normas legais tidas por inconstitucionais”. André Salgado Matos, Fiscalização...ob cit...p 29.

A dispensa da audiência dos interessados deve ser suficientemente fundamentada pela administração e pode ser impugnada, não podíamos ter uma solução diferente porquanto estamos diante de situações que podem causar prejuízos ou sacrifícios⁴⁴⁹ a determinados bens e direitos dos cidadãos de tal sorte que nestes casos a fundamentação está sujeita a um rigoroso acompanhamento e fiscalização. Esta, a exemplo do que já afirmamos em outra ocasião, alarga-se também ao nível da audiência propriamente dita em que ao cidadão devem ser apresentados todos os elementos até então descobertos e que poderão influenciar a decisão ou seja, a administração deverá fundamentar os contornos do processo bem como os possíveis caminhos (já apresentamos as nossas objecções em relação a esta solução legal).

A força e o papel da audiência dos interessados é tal que mesmo nos procedimentos especiais, ela deve ser realizada ainda que as normas que regulam tais procedimentos, não a prevejam. O que por si só configura uma concretização da exigência constitucional de participação dos cidadãos na formação das decisões administrativas.⁴⁵⁰

Em relação ao segundo ponto que tem a ver com a sanção aplicada à não realização da audiência dos cidadãos, ela resulta do regime das invalidades consagrado no Decreto, que tem a anulabilidade⁴⁵¹ como regra, aplicando a nulidade apenas nas situações nele previstas que entretanto não consagra qualquer nota relativa a esta matéria. Pelo que se tem defendido a ideia segundo a qual, o vício aplicado à falta de realização da audiência dos interessados é a anulabilidade⁴⁵². Para tentar aplicar a nulidade à falta de realização da audiência, tem sido apresentada a tese que defende a classificação do direito a audiência como um direito fundamental e como tal toda a decisão que violar o conteúdo de um direito fundamental deve ser nula.

⁴⁴⁹ Marta Portocarrero, A Audiência dos interessados e o controlo da fundamentação, notação ao Acórdão do STA 13.4.2000, Caderno de Justiça Administrativa nº41 2003 p 24.

⁴⁵⁰ Pedro Machete, A Audiência dos interessados nos procedimentos de concurso público, Ac do STA de 5.12.96, Caderno de Justiça Administrativa nº 3, Maio/Junho 1997 p 41.

⁴⁵¹ Sobre o regime da nulidade no Código de Procedimento Administrativo Português de 1992, José Tomás Porto, Reflexões sobre a nulidade do acto administrativo no Código do Procedimento Administrativo, Código do Procedimento Administrativo e o Cidadão, ob cit...p 151 ss.

⁴⁵² Sobre as vantagens decorrentes da aplicação da anulabilidade como forma de invalidade no caso de actos ilegais, Vieira de Andrade, Nulidade e anulabilidade do acto administrativo - Ac. do STA de 30.5.2001, Caderno de Justiça Administrativa nº 43º, Janeiro/Fevereiro 2004 p 46-47.

Dois grupos de juristas divergem acerca desta questão⁴⁵³. Assim, Freitas do Amaral e Pedro Machete situam-se no grupo que defende a aplicação da anulabilidade à falta de realização da audiência dos interessados, partindo do regime jurídico consagrado que estabelece a nulidade apenas para casos específicos e por exclusão, a todas as outras situações aplica-se a anulabilidade.

O Professor Freitas do Amaral entende que a audiência embora tenham a sua primeira referência na Constituição⁴⁵⁴, não pode ser classificada como direito fundamental, não apresenta conexão suficiente com o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁵⁵. Um outro aspecto usado pelo insigne professor para justificar o seu ponto de vista tem a ver com o facto de que a jurisprudência portuguesa aplicar à falta de audiência em processo disciplinar a anulabilidade⁴⁵⁶, dizendo que nesse situação em que a omissão da audiência é mais gravosa não se aplica a nulidade, porquê aplicá-la no caso da falta de audiência dos interessados no procedimento administrativo geral que em princípio, gera uma situação menos gravosa.⁴⁵⁷

Por sua vez Pedro Macehte entende que o artigo 267º nº 4 da Constituição da República portuguesa concretiza o princípio democrático na sua acepção exclusivamente participativa e sem atender ao lado garantístico⁴⁵⁸. Este professor entende que a participação procedimental é um princípio ligado à organização e acção administrativas, não é um direito fundamental por não apresentar qualquer conexão com a Constituição ao ponto de qualificá-lo como tal, por outro lado a norma que a

⁴⁵⁴ O princípio da audiência dos interessados resulta do princípio da justiça natural, Luís Colaço Antunes, O Direito Administrativo sem Estado, crise ou fim de um paradigma?, Coimbra Editora, 2008 p 27.

⁴⁵⁵ Relacionado ao tema mas com uma linha de abordagem diferente, o Professor Tiago Macieirinha, entende que não se pode tratar de modo diferente os direitos liberdades e garantias dos direitos económicos sociais e culturais, quando se discute a questão da aplicação da nulidade, para a docente todos os direitos fundamentais apresentam ligação directa com a dignidade da pessoa humana. Tiago Macieirinha, A audiência dos interessados e o direito fundamental ao ambiente, anotação ao Acórdão no Supremo Tribunal Administrativo 1ª secção de 22.1.2004, Caderno de Justiça Administrativa nº 51, Maio/Junho 2005 p 21.

⁴⁵⁶ O Acórdão do STA de 22.1.2004, demonstra a falta de realização da audiência dos interessados pode gerar a nulidade. Fazendo depender a atribuição de estatuto de direito fundamental à audiência, do direito material em causa no procedimento. Neste sentido, Tiago Macieirinha, Audiência...ob cit..p 24.

⁴⁵⁷ Freitas do Amaral, Fases do Procedimento decisório de primeiro grau, Estudos de Direito Público e matérias afins vol I, Almedina 2004 p 627.

⁴⁵⁸ Pedro Machete, A Audiência dos interessados nos procedimentos de concurso público, Ac do STA de 5.12.96, Caderno de Justiça Administrativa nº 3, Maio/Junho 1997 p 42.

consagra não pode ser aplicada imediatamente precisando de uma intermediação legislativa para ganhar efectividade.⁴⁵⁹

O segundo grupo é representado pelos professores Sérvulo Correia e Vasco Pereira da Silva. O Professor Sérvulo entende que o nº 4 do artigo 267º da Constituição da República portuguesa em relação à participação usa a expressão direito, o que não acontece em outras situações. Ademais o artigo 268º atribui aos cidadãos determinadas garantias próprias de um verdadeiro direito nas matérias referentes à informação e acesso à tutela contenciosa.⁴⁶⁰ O que confere à participação no procedimento uma dimensão garantística, ao contrário do que defende o professor Pedro Machete. A imposição ao legislador ordinário da obrigação de consagrar um regime aplicável à participação por si só revela a ideia do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio do Estado de direito, evitando que o cidadão seja tratado como uma “coisa”. Entende o mestre, que não podem existir dúvidas em como o direito à participação apresenta-se como um verdadeiro direito, cabendo apurar se é um direito fundamental ou não. Para o efeito, o professor afirma que o nº 1 do artigo 16º da CRA, estabelece uma cláusula aberta dos direitos fundamentais, congregadora de outros direitos. Assim, nada obsta que se aplique o regime dos direitos liberdades e garantias aos direitos atípicos de natureza análoga e a audiência como direito de defesa apresenta-se como um direito de natureza análoga, para efeito do que vem escalpelizado no artigo 17º.⁴⁶¹⁴⁶²

Por sua vez, o professor Vasco Pereira da Silva, entende que a participação⁴⁶³, deve ser vista dentro de uma perspectiva predominantemente subjectiva na medida em que se apresenta como instrumento de garantias das posições jurídicas dos privados perante a administração. Por outro lado, entende o professor, que os direitos de

⁴⁵⁹ Pedro Machete, Audiência...ob cit...p 821.

⁴⁶⁰ Sérvulo Correia, Direito à informação...ob cit...p 154.

⁴⁶¹ Sérvulo Correia, Direito à informação...ob cit...p 157.

⁴⁶² Concordando com esta posição, Vasco Pereira da Silva, Em busca...ob cit...p 424.

⁴⁶³ Em termos gerais, algumas notas sobre a matéria da participação e do regime jurídico do Procedimento Administrativo em 1992, Marcelo Rebelo de Sousa, Lições de Direito Administrativo Vol I, Lex 1999 p 423 ss. De modo particular sobre a problemática da sanção aplicável à não realização da audiência dos interessados, igualmente Marcelo Rebelo de Sousa, Regime do acto administrativo, in Novo Código do Procedimento Administrativo, Seminário, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa vol VI 1992 p 45.

procedimento surgem como desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana num Estado pós-social. Alternativamente, a aplicação da nulidade à falta de realização da audiência pode resultar da sua qualificação como formalidade⁴⁶⁴ que constitui elemento essencial do acto administrativo.⁴⁶⁵

Da nossa parte, por uma questão de coerência, optamos pela segunda corrente, fundamentalmente por ser a que convincentemente espelha a importância da participação e a dimensão paritária da relação cidadão e administração que se vai gradualmente construindo.

Sabe-se que a audiência dos interessados é obrigatória, só não será se estivermos diante de uma das situações especificadas no Decreto. Ora se ela é obrigatória e nesse sentido imperativa não havendo outra alternativa para a administração, como entender que a sua não realização seja sancionada com a anulabilidade, quando na verdade e como se sabe, a aplicação da nulidade decorre muitas vezes da protecção de determinados bens cuja norma é concebida de forma imperativa não havendo para sua aplicação e efectivação outra alternativa senão o seu cumprimento. Se o legislador quisesse conferir à violação das regras sobre audiência outro tratamento, no caso mais brando, não deveria consagrar a obrigatoriedade da sua realização, como regra geral.

Outro aspecto importante tem a ver com a relação participação direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana⁴⁶⁶. Já vimos que a CRA, consagra a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do nosso ordenamento jurídico daí resultando que a pessoa humana é o centro e vértice do Direito, não admitindo interpretação menos generosa do princípio em questão. A Grécia antiga sempre discutiu a questão da participação dos cidadãos nos assuntos da pólice, a avaliação dos cidadãos era aferida em função da sua participação nos assuntos da cidade. Era uma honra poder participar e motivo de tristeza não o fazer. Será que se pode mesmo afirmar que esta ideia de participação não apresenta nenhuma ligação com a dignidade da pessoa humana? Temos dúvidas. Por outro lado, nas revoluções liberais

⁴⁶⁴ Sobre os vícios que ocorrem durante o Procedimento Administrativo, Mário Aroso de Almeida, invalidade e ilicitude dos actos administrativo, Teoria geral do Direito Administrativo...ob cit..p 206 ss.

⁴⁶⁵ Vasco Pereira da Silva, Em busca...ob cit...p 431.

⁴⁶⁶ “Quem decide um caso sem ouvir a outra parte não pode ser considerado justo, ainda que decida com justiça”. Séneca.

em que se discutiu desde cedo o respeito pela dignidade das pessoas e como forma de garantir este respeito dever-se-ia por exemplo permitir que os cidadãos pudessem votar e manifestar-se sobre os assuntos que lhe diziam respeito. A ideia de permitir que os destinatários das decisões participem e sobre elas emitam as suas ideias, não mantem qualquer relação coma dignidade da pessoa humana? Ora as ideias agora avançadas estão na génese do princípio da participação⁴⁶⁷, que começou por ser directa e que passou em função do contexto a assumir outros contornos, pode-se facilmente notar que em qualquer deles, é sempre a preocupação com a pessoa e a sua dignidade que ocupa o centro da abordagem.

A perspectiva etimológica da expressão participação, *tomar parte*⁴⁶⁸ nas decisões administrativas é por si reveladora do alcance que a audiência dos interessados enquanto manifestação daquela pode assumir ao nível do procedimento administrativo.

A participação administrativa nas suas dimensões subjectiva e objectiva, permite controlar o desempenho das autoridades administrativas, ao mesmo tempo que se assume como meio por via do qual, o cidadão vai realizar a sua personalidade e garantir que as suas conquistas e avanços neste domínio sejam respeitados pela administração e por terceiros.⁴⁶⁹

A ideia da participação administrativa e consequentemente da audiência encontram as suas raízes históricas no princípio do *due process* que posteriormente veio justificar a ampla defesa⁴⁷⁰, deixando claro que nenhum cidadão em função da sua

⁴⁶⁷ Sobre os vários sentidos da expressão e seus contornos, Fernando Alves Correia, O Plano Urbanístico e o Princípio da igualdade, Almedina 1997 p250 nota de rodapé nº131.

⁴⁶⁸ Luís Filipe Colaço Antunes, A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo, Almedina 1989 p 82.

⁴⁶⁹ Luís Filipe Colaço, A tutela...ob cit...p 82.

⁴⁷⁰ “Conforme os ensinamentos de Romeu Felipe Bacellar Filho (1998, p. 347), a ampla defesa estende não somente ao garantir o dizer contra ou a resposta perante a impugnação, mas também a acusação expressa, clara e minuciosa para possibilitar oportunidade da defesa; o acompanhamento do processo e a ciência prévia do desenvolvimento das várias fases; o direito de indicar e ouvir testemunhas; requerer e ver efetivadas as provas, produzir alegações que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível. O direito de ser ouvido integra a publicidade do procedimento e o leal conhecimento das atuações administrativas, considerado o segredo como exceção; a oportunidade de expressar suas razões antes e depois da emissão do ato administrativo, interpondo recursos; o direito a se fazer patrocinar e representar profissionalmente. O direito a oferecer e produzir provas compreende o direito a que toda prova razoavelmente proposta seja produzida, à produção probatória antes da decisão, ao controle da prova produzida pela administração. O direito a uma decisão fundada constitui

dignidade pode ser sujeito a qualquer sanção sem que a ele seja dada possibilidade de se defender e manifestar-se no âmbito de um processo.⁴⁷¹ As constituições modernas consagram vários tipos de processos quem mantem uma relação directa com legitimação da decisão final. E este processo só será justo se for permitido que as partes envolvidas possam defender as suas posições. Estes apresentam-se indubitavelmente como resultado da importância da dignidade da pessoa humana e permitem a sua manutenção e garantia de modo intemporal⁴⁷².

Enfim, o *due process* e a ampla defesa estão na base da participação do indivíduo nos processos tendentes a tomada de decisões que não podem ser concebidas e exteriorizadas, sob pena de inconstitucionalidade e falta de legitimidade democrática,

tanto critério de eficácia políticoadministrativa, quanto requisito para a implementação do controle judiciário levado a cabo pelos tribunais competentes. A Constituição visa assegurar um mínimo que a legislação deve dispor para a existência de um direito de defesa, compreendida como garantia de meios e resultados. Por isso, o tema não está isento de dúvidas e polémicas sobre o alcance do princípio da ampla defesa. O carácter prévio da defesa em relação ao ato decisório constitui desdobramento do princípio da ampla defesa. A regra da anterioridade da defesa é recepcionada nos processos administrativos punitivos. Ela proíbe a imposição sumária de penas sem a intermediação do processo, valendo tanto para as sanções leves quanto para as mais gravosas. Se não for possível assegurar a anterioridade da defesa, a administração deve conceder prazo adequado para a interposição de recurso e seu julgamento antes do vencimento da sanção imposta, como nas multas de trânsito, aplicando-se nos casos de risco de vida e segurança da população. A anterioridade exprime a necessidade de o funcionário acompanhar os trabalhos da comissão de inquérito desde sua instalação, sob pena de transgredir o princípio constitucional da ampla defesa. O princípio de ouvir o interessado antes de decidir algo que o afeta não é somente um princípio de justiça, mas também de eficácia. Assegura melhor conhecimento dos fatos e, portanto, auxilia o aperfeiçoamento da administração e a justiça da decisão. Admissível, portanto, afirmar que tais desdobramentos são obrigatórios para a configuração do princípio do devido processo legal previsto constitucionalmente no artigo 5º, LV, da CF/88. A partir da Constituição de 1988, o tema da defesa prévia não pode dissociar-se do princípio do contraditório. O assunto ganha sentido e alcance quando inserido num processo contraditório, que tem como método o debate constante entre defesa e acusação sobre todas as decisões tomadas no curso do processo administrativo disciplinar. O direito do acusado não se esgota na simples oportunidade de defesa. A questão impende apreciação de maior amplitude, viabilizando a defesa a cada movimento do processo.” Joneval Junio Chaveiro, O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. RDDA, v. 2, n. 1, 2015 p 428-429.

⁴⁷¹ “O princípio do Devido Processo Legal surgiu na Inglaterra em 1215. Onde o primeiro ordenamento que teria tratado do referido princípio foi a *Magna Carta* do rei John Lackland também conhecida como “Carta do João Sem-Terra”, de 15 de junho de 1215, quando o seu art. 39 se referiu a *legem terrae*, termo posteriormente traduzido para a língua inglesa como *law of the land*, sem, contudo, mencionar a expressão que hoje conhecemos, *due process of law*. Ana Paula Soares da Silva de Castro O princípio do devido processo legal e a instrumentalidade do processo”. http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6476&revista_caderno.

⁴⁷² “O princípio da ampla defesa é visto nas constituições ocidentais, embora receba em cada uma delas menor ou maior abrangência. A sua origem, segundo muitos autores, seria divina porque até Deus, em toda sua onipotência, deu a Adão a oportunidade de ser ouvido e defender-se antes de ser expulso do paraíso”. Joneval Junio Chaveiro, O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. RDDA, v. 2, n. 1, 2015 p 427.

sem que a eles seja dada a possibilidade de se pronunciarem⁴⁷³, neste sentido, a liberdade de expressão, de manifestação, e tantas outras resultam antes de qualquer fundamentação, da dignidade da pessoa humana, e da legitimidade resultante deste princípio para participar na gestão dos assuntos que lhes dizem respeito, só isso permite-nos compreender e enquadrar o poder dos cidadãos para se manifestar sobre qualquer assunto por diversos meios e nas formas permitidas. Por conseguinte a participação se apresenta numa escala hierárquica como uma das maiores garantias de realização do princípio da dignidade da pessoa humana, só desta forma faz sentido falar de democracia enquanto regime em que o poder reside no povo, que o vai exercer sob diversas formas, daí que todos devem participar, como resultado do que ordena o princípio da igualdade e se todos devem fazê-lo, é porque são dignos.

A dignidade da pessoa humana obriga a conceder-se a cada cidadão, uma margem de autonomia, de liberdade pessoal e de conformação da sua vida de acordo com os seus ideais, como resultado, este princípio pela sua natureza transversal não se limita apenas aos direitos fundamentais⁴⁷⁴, podendo abranger outras áreas e sectores – mesmo que não aceitássemos qualquer ligação entre a participação e a dignidade da pessoa humana, este ainda assim abrangeria aquela, dada a sua natural e generosa elasticidade- da vida do homem, acompanhando-o em todos os seus caminhos e jornadas.

Enquanto trunfo, a dignidade da pessoa humana permite que por via de direitos fundamentais se possam realizar determinados interesses e vontades ao nível das relações sociais, de tal forma que o cidadão possa fazer frente aos vários poderes constituídos⁴⁷⁵, reforçando com isso as suas garantias contra futuras tentativas de perturbação.

Dada sua dimensão generalizadora e abrangente, o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁷⁶, garante a protecção de qualquer direito fundamental, interesse ou

⁴⁷³ Neste sentido, Maria Lídia Carvalho Soares, Direito à Audiência, Direito de informação. Notificação, Código de Procedimento Administrativo e o cidadão...ob cit...p 108.

⁴⁷⁴ Reis Novais, Direitos fundamentais e a Justiça Constitucional em Estado de direito democrático, Coimbra Editora 2012 p 45-46.

⁴⁷⁵ Reis Novais, Direitos fundamentais...ob cit...p 49.

⁴⁷⁶ “A dignidade humana é consagrada na Constituição sul-africana como um princípio estruturante da república (artigo 1º alínea a) e também como um direito fundamental que implica no dever geral, público

pretensão, servindo para realizar e efectivar o reforço da representação política e por maioria de razão da participação, que por força daquele princípio tenderá a ser mais profícua. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto cláusula geral e aberta, legitima o surgimento de novos direitos fundamentais mesmo que não estejam inscritos na constituição mas que nela encontram seu fundamento directo ou indirecto.⁴⁷⁷

No ordenamento jurídico brasileiro a participação não consta de modo explícito do leque de direitos fundamentais, o que não quer dizer que naquele país a participação não se assume como verdadeiro direito fundamental antes, por força da abertura constitucional aos direitos fundamentais cristalizada pelo §2º do artigo 5º da Constituição⁴⁷⁸, novos direitos são “constitucionalmente positivados” beneficiando por isso do regime aplicável aos direitos fundamentais.

Não aceitamos que da dimensão subjectiva da participação não possam resultar direitos fundamentais a serem protegidos. Na verdade, tal sucede e pode assumir uma de duas formas; ou se consagra de forma directa o direito fundamental a participação, ou então ele irá resultar de outros direitos constitucionalmente previstos, de diplomas internacionais e até mesmo nacionais que por força da abertura da constituição a novos desafios se vão progressivamente instalando nos ordenamentos jurídicos. É neste sentido que na Alemanha, o Tribunal Administrativo federal, defendeu que em parte a dignidade da pessoa humana significa que o cidadão não poderá ser considerado objecto da actuação do Estado, ideia secundada por Peter Harbele que a melhorou ao

e privado, de respeito e protecção (artigo 10º). O direito à dignidade humana tem sido considerado pelo Tribunal Constitucional como o âmago da proibição da discriminação injusta que irradia vários direitos fundamentais. Além disso, a dignidade humana tem importância capital no inquérito de limitação dos direitos fundamentais. Na ponderação, é preciso responder como valor constitucional central a dignidade humana é afectado (artigo 36º). O direito à dignidade humana tem sido generosamente concebido pelo Tribunal Constitucional, implicando num valor intrínseco do ser humano e no reconhecimento de que ele merece ser tratado como digno de respeito e interesse. No caso Dawood, o Tribunal Constitucional declarou que o direito à dignidade humana deve ser interpretado para conferir protecção às instituições do casamento e da vida familiar, que não estão protegidas em qualquer outro lugar da Constituição sul-africana, deixando claro a sua irradiação a outros direitos fundamentais.” Maurício Mazur, A cultura de direitos humanos no tratamento do direito à habitação na África do Sul, Os Direitos Humanos em África, Coimbra editora 2011 p351-352.

⁴⁷⁷ Edilson Pereira de Farias, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 54.

⁴⁷⁸ Fábio Gomes dos Santos Participação na administração como direito fundamental, RDDA, v. 1, n.2, 2014 p 444.

afirmar que as pessoas não podem ser objectos de procedimentos estatais ou sociais⁴⁷⁹, porquanto nas suas relações a iminente dignidade deverá funcionar como limite aos seus comportamentos e das pessoas com quem elas mantêm contacto.

Isto posto, cabe fazer uma ronda à CRA de modo a averiguar o tratamento que a carta dá à participação, será que pode ser assimilável à um verdadeiro direito fundamental? Em primeiro lugar, a CRA acolhe no artigo 2º, com todas as implicações daí resultantes o princípio do Estado democrático de direito, inclusive as formas pelas quais ele se materializa, a democracia participativa e a representativa. O artigo 40º referente à liberdade de expressão e de informação⁴⁸⁰, consagra o dever de se informar sem quaisquer impedimentos nem discriminações, direito este que ao nível das relações jurídico-administrativas acaba por se concretizar no nº do artigo 200º. Fazemos referência ao direito à informação na medida em que mantem com a participação uma relação directa, de tal modo que se não haver participação inexistirá igualmente informação, que ao mesmo tempo, constitui condição para uma boa participação. Tanto é que na audiência dos interessados, o que a administração dentre outras coisas faz é informar o cidadão sobre o andamento do processo, assim não restam dúvidas em relação a qualificação deste direito como fundamental.

O artigo 52º consagra o direito do cidadão de participar na vida política e na gestão dos assuntos públicos, reserva-se no caso uma faculdade para o indivíduo participar na gestão dos assuntos públicos, esta participação deverá assumir várias formas, daí que mais do que uma simples orientação, estamos mesmo diante de uma verdadeira imposição aos órgãos públicos que face ao cenário deverão permitir que os cidadãos exerçam o seu direito. Enfim, em relação à participação e a informação como seu corolário, a CRA fala em direitos, situação perfeitamente subsumível ao disposto no artigo 27º que determina a aplicação do regime dos direitos liberdades e garantias aos direitos de natureza análoga, donde se destaca naturalmente a exigência de aplicabilidade directa. Portanto, não restam dúvidas em como o direito à participação é por natureza ou por atribuição um verdadeiro direito fundamental (porque a CRA lhe

⁴⁷⁹ Ingo Von Munch, La dignidad...ob ct...p 19.

⁴⁸⁰ Sobre este direito na perspectiva geral, Raquel Briza Castro, Constituição, Lei e Regulação dos *Media*, Almendina 2016 p 139 ss.

confere este estatuto, ou porque se apresenta como verdadeiro direito fundamental material.

Por outro lado, a CRA no seu artigo 26º, consagra a regra da aplicação interna de direitos fundamentais/ humanos consagrados em diplomas internacionais que tenham sido ratificados por Angola, havendo neste sentido uma recepção das normas internacionais sobre direitos fundamentais⁴⁸¹.

A Carta Africana dos direitos Humanos⁴⁸² e dos Povos ratificada por Angola, consagra princípio do processo justo equitativo⁴⁸³ como um direito humano, internamente deve ser visto como tal, o mesmo acontecendo em relação ao direito de participação política⁴⁸⁴ assim, mesmo que por recurso a elementos de direito interno não fosse possível entender a participação como um direito fundamental, o mesmo já não pode acontecer se recorrermos à elementos de direito internacional ou regional, pelo que a audiência enquanto faceta do direito ao processo justo e como corolário do direito fundamental a participação, encontra-se amplamente protegida de tal modo que a sua omissão, fere o conteúdo essencial destes dois direitos.

A aplicação da anulabilidade⁴⁸⁵ à falta de realização da audiência de interessados acarreta inúmeros problemas, é só pensamos no seu regime jurídico comparativamente

⁴⁸¹ Ao nível da SADC, por exemplo, o Tribunal da região invalidou as decisões tomada no processo da reforma agrária. Um dos fundamentos avançados para o efeito foi a violação do devido processo legal, reconhecido como um direito fundamental. *“O Tribunal sustentou ser pacífico que o conceito de estado de direito (rule of law) contempla pelo menos dois direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça (right of access to the courts) e ao devido processo legal (right to a fair hearing). Para o Tribunal, é obrigação dos países-membros da SADC respeitar, proteger e promover esses dois direitos, em vista do artigo 4(c) do Tratado da Comunidade. A verificação de se a emenda constitucional n. 17 representou violação aos direitos de acesso à justiça e ao devido processo legal não levantou dificuldades; para o Tribunal, “the Applicants have been expressly denied the opportunity of going to court and seeking redress for the deprivation of their property, giving their version of events and making representations”³⁷. Difícilmente uma disposição poderia ter sido elaborada de maneira mais atentatória aos dois direitos referidos do que foi a parte relevante da emenda n. 17.”* Michael Nunes Lawson, O Tribunal da SADC e Mike Campbell, Anuário Brasileiro de Direito Internacional, ISSN 1980-9484, vol.2, n.21, jul. de 2016, p 208.

⁴⁸² Sobre os direitos consagrados neste documento suas implicações e conteúdo, Marcolino Moco, Direitos Humanos e seus mecanismos de protecção, as particularidades do sistema africano, Almedina 2010, p 138ss.

⁴⁸³ Artigo 7º da Carta.

⁴⁸⁴ Artigo 13º da Carta.

⁴⁸⁵ “los artículos 218, 309, p. 1º y 317, p. 1º, LGAP prevén para las partes, en el procedimiento administrativo ordinario, una “comparecencia oral y privada (...) en que se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves” para garantizar el contradictorio, el debido proceso y la defensa. El artículo 219, p. 3º, LGAP sanciona la omisión de la audiencia, por la

ao da nulidade, para notarmos que ele pode ser afigurar prejudicial ao cidadão. Como se sabe a anulabilidade tem de ser invocada dentro de um determinado período de tempo fora do qual ela já não poderá ser levantada e o acto anulável convalida-se, mesmo que tenha postergado um aspecto de extrema importância como é a audiência dos interessados. Se aplicássemos a nulidade, ao cidadão seria dada a possibilidade de impugnar o acto a qualquer altura, porquanto ela é invocada todo tempo. Só desta forma estaríamos a valorizar o peso da intervenção dos cidadãos para a formação da decisão e o seu papel enquanto membros de uma sociedade que se quer cada vez mais plural. Por outro lado, o acto nulo é ineficaz desde o início não produz nenhum efeito, ora não realizando a audiência, o acto final seria ineficaz desde a sua prolação, esta consequência iria produzir um efeito pedagógico, contribuindo para que a administração respeitasse o cidadão e garantisse incondicionalmente a sua audição sob pena de invalidação do acto a praticar. Outros aspectos do regime jurídico da nulidade podem ser avançados como forma de mostrar que a não realização da audiência pela sua gravidade deveria ser sancionada com esta forma de invalidade, pois o acto daí saído não teria qualquer serventia e as garantias para sua impugnação seriam maiores. Os funcionários públicos e os cidadãos podem recusar a obediência de um acto administrativo nulo, -pois se o acto é nulo não produz nenhum efeito, concretamente o dever de obediência que por força da nulidade deixará de existir-, podem igualmente estes cidadãos resistir a sua execução, um acto que deixa de cumprir uma das funções da audiência⁴⁸⁶ e consequentemente do procedimento, não pode ter outro tratamento. Qualquer tribunal ou órgão administrativo competente pode pronunciar-se sobre os actos nulos.⁴⁸⁷ Neste sentido, o regime consagrado para a anulabilidade é mais brando, podendo dar margem à administração para perpetuar as omissões das audiências

indefensión causada, con la nulidad de todo lo actuado. Tal audiencia tendrá lugar, normalmente, en la sede del órgano director, salvo que se requiera un reconocimiento o evacuar prueba pericial en el lugar de los hechos (artículo 318, p. 1º, LGAP). Se admite por razones de concentración, como regla general, una única audiencia y, excepcionalmente, una segunda cuando el asunto no esté listo para su decisión final o diligencias pendientes así lo requieran (artículo 309 LGAP)". Ernesto Jinesta L. Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Costa Rica *in* Tendencias...ob cit...p 485-486.

⁴⁸⁶ "A Audiência garante uma maior transparência na actividade administrativa; uma maior justiça nas decisões; uma maior aceitação das decisões com a consequente e imediata diminuição dos conflitos; uma maior cognição por parte dos tribunais; pois que permite, designadamente o controlo do princípio da proporcionalidade e da justiça e ainda a sindicabilidade dos erros manifestos sobre os pressupostos". Maria Lídia Carvalho Direito...ob cit...p 110.

⁴⁸⁷ Sobre o regime dos actos nulos, Freitas do Amaral e Carlos Feijó Direito, Administrativo...ob cit...p 567-568.

porquanto rigorosamente nada acontece, caso a administração deixe de ouvir os interessados.⁴⁸⁸

Quando se declara a nulidade mesmo que o tribunal nada diga, já se conhecem os seus efeitos que poderão ser executados imediatamente e sem qualquer referência adicional, o que não acontece com a anulabilidade que nem sempre se sabe os seus contornos a menos que o juiz diga de forma clara na sentença. O que nos faz pensar que efectivamente no plano da sua execução, mais fácil se torna coporizar os efeitos dos actos declarados nulos, realizando-se assim, os postulados da eficiência da certeza e da segurança jurídica.

O Decreto 33/91, sobre o regime disciplinar dos funcionários Públicos e agentes administrativos⁴⁸⁹ no seu artigo 35º estabelece a sanção de nulidade para as situações em que não se tenha realizado a audiência do arguido⁴⁹⁰, de referir que é única nulidade insuprível, prova da importância da formalidade para o correcto processo de tomada de decisão, no entanto esta regra deve ser tomada como geral ao nível dos procedimentos administrativos, fundamentalmente naqueles que tenham sido despoletados pelos cidadãos no seu exclusivo interesse, nem sequer podemos discutir a questão ao nível dos procedimentos sancionários⁴⁹¹ pois nestes a não realização da audiência deveria gerar inexistência e não nulidade, porquanto a nulidade ainda produz alguns efeitos, o que não acontece com a inexistência⁴⁹².

⁴⁸⁸ Sobre o regime da anulabilidade, Freitas do Amaral e Carlos Feijó Direito, Administrativo...ob cit...p 568.

⁴⁸⁹ Alguma doutrina entende que o direito de audiência só pode ser considerado direito fundamental, quando realiza um direito de defesa, Acórdão do STA de 22/06/2010 o nº 1091/08. Raquel Carvalho, Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas, Universidade Católica editora, 2014 p 214-215.

⁴⁹⁰ No ordenamento jurídico português esta sanção se estende às todas outras omissões que se repute essenciais para a descoberta da verdade, nº 1 do artigo 23º do Regime disciplinar dos trabalhadores em funções Públicas.

⁴⁹¹ Nos procedimentos sancionadores, devemos ter em conta dois grandes princípios do Direito natural, ninguém pode ser condenado previamente sem ter sido ouvido, e ninguém pode ser juiz em causa própria. Neste sentido, Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, vol II, 10ª edição (reimpressão) Almedina Coimbra p 1304-1305.

⁴⁹² Eufemisticamente podemos dizer, se não existe procedimento Administrativo (imaginemos o procedimento administrativo conduzido por uma entidade privada que não tenha sido mandatada para o efeito) sem administração pública, então também não pode existir procedimento administrativo sem cidadão que no caso equivale a negar-se o direito que ele tem de se manifestar no procedimento e defender as duas posições.

A nulidade⁴⁹³ insuprível aplicada à falta de audiência do arguido revela a gravidade da situação, que não concede outra alternativa senão a de anular o processo, refazê-lo desde a altura em que se verificou o vício.⁴⁹⁴

A Câmara do Cível, Administrativo, Fiscal e Aduaneiro do Tribunal Supremo no processo nº 180/06, confirmou o disposto no artigo 35º do Decreto 33/91, ao declarar a nulidade de um processo disciplinar instaurado contra um funcionário público, na medida em que lhe foram imputados factos novos e que serviram para fundamentar a decisão de demissão, aspectos que não constavam da acusação relativamente aos quais o funcionário não teve oportunidade de se defender, estes factos foram levantados e levados ao conhecimento do funcionário por altura da notificação da decisão tomada pela entidade competente para a aplicação da medida disciplinar de demissão.

Alguma doutrina mais recente, entende que a audiência dos interessados só pode beneficiar do regime de direitos fundamentais em alguns tipos de procedimentos e quando se revelar como instrumento *sine quan non* para a sua defesa e realização, portanto falando-se de um direito de audiência e defesa, particularmente exercidos nos procedimentos sancionatórios.⁴⁹⁵⁴⁹⁶

A audiência dos interessados é uma formalidade essencial⁴⁹⁷ de um acto administrativo, cuja inobservância gera a nulidade. Não se pode entender que a administração pratique um acto sem ouvir os seus destinatários para puderem exercer o contraditório, ou colaborarem na busca da melhor solução possível. Só isso justifica a consagração e a relevância que se têm dado aos princípios da colaboração e participação

⁴⁹³ Neste sentido, Ana Fernanda Neves, A relação jurídica de emprego Público, Tratado de Direito Administrativo especial, Volume IV, Almedina 2010 p 529.

⁴⁹⁴ Marcello Cartano, Manual...ob cit...p 853.

⁴⁹⁵ Mário Aroso de Almeida, Invalidade e ilicitude dos Actos Administrativos, Teoria...ob cit...p 209-210.

⁴⁹⁶ “Ademais, considerar que a não realização ou realização deficiente da audiência deva sempre gerar a nulidade do acto final do procedimento, independentemente da sua bondade ou justiça material, não só parece configurar um entendimento que absolutiza o procedimento em face do seu resultado como, o que seria absurdo administtir, pode traduzir-se na negação do fundamento da própria natureza análoga. Com efeito, se o fundamento da analogia esta na função garantística da audiência, não se vislumbra possível admitir a nulidade do acto final quando este não é violador de nunehum direito subiectivo daquele particular cujo direito de audiência foi ilegalmente preterido. Assim, entende-se justa a concepção que configura o direito de audiência como instrumental em realção às posições materiais objecto do procedimento”. Tiago Macieirinha... ob cit...p 23-24.

⁴⁹⁷ Neste sentido, Lourenço Vilhena de Freitas, O Poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração (e as garantias contenciosas do seu co-contratante perante este exercício) aafdl Lisboa 2007, p 263.

dos cidadãos na gestão dos assuntos administrativos, a omissão desta audiência põe em causa estes princípios.

Por outro lado, não se pode dar à participação e consequentemente à exigência da audiência dos interessados por força daquela, um tratamento dualista, servindo para justificar a realização da audiência em determinadas situações e sendo afastada em outras por não estar em causa o exercício do direito de defesa. Devemos dar à matéria um tratamento uno e coerente, sob pena de perigar os desígnios constitucionais atinentes à democracia e porque nas duas situações, evidenciam-se elementos que por si só, se relacionam à ideia de protecção jurídica própria de um Estado que tem o Direito como seu fundamento, que apregoa dentre outras coisas, a tutela de valores que a participação pretende realizar, por estar ligada à dignidade da pessoa humana. Esta por sua vez exige que se dê um tratamento unitário à participação, porquanto está a seu serviço enquanto unidade e entidade⁴⁹⁸. Por conseguinte, os procedimentos exigem obrigatoriamente a realização de audiência e ela servirá para garantir a defesa dos interesses dos cidadãos afastando a tendência unilateralista da acção administrativa. Os actos administrativos não são exclusivos da administração, a decisão tomada não prosseguirá exclusivamente o interesse público, ainda que de forma mitigada ela também realizará outros interesses, mas para tal é necessário ouvir os cidadãos envolvidos que irão fazer chegar ao procedimento tais pretensões. Muitas vezes e como resultado de uma má qualificação do interesse público a intervenção dos cidadãos no procedimento permite que administração mude de ideias e defina melhor o interesse colectivo a ser realizado. A administração não pode tomar uma decisão contrária à pretensão dos cidadãos sem ouvi-los, é imperioso que eles exerçam a sua defesa e exerçam e protejam os seus direitos, em qualquer tipo de procedimento, porquanto em todos eles, há sempre uma inegável dimensão de defesa a ser realizada⁴⁹⁹. Não se pode *olvidar* que a maior parte das decisões da administração pública implicam sacrifícios⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ Neste sentido, David Duarte, Procedimentalização...ob cit...p 143-146.

⁴⁹⁹ O efeito resultante de um despedimento é equiparável à negação de um pedido formulado pelo particular, pelo que neste último caso existirá uma dimensão de defesa a ser materializada. Daí que mesmo nos procedimentos não sancionatórios a audiência se revele indispensável e a sua omissão devidamente invalidada pela nulidade.

⁵⁰⁰ “A jusfundamentalidade material não pode ser negada ao direito de audiência prévia. Assim é porque o direito a ser ouvido antes da tomada de uma decisão administrativa – em especial, quando esta é desfavorável ou onerosa para o particular – decorre directamente do princípio da dignidade da pessoa

(fruto do natural conflito entre o interesse público e interesse privado) por parte dos cidadãos, entretanto estes sacrifícios devem ser consentidos por eles em consonância com um conjunto de padrões, donde pontifica por exemplo a proporcionalidade, mas para apurar os termos da realização deste princípio necessário se torna ouvir os cidadãos em causa.

Enquanto direito/garantia, a audiência dos interessados impõe ao Estado, o dever de abstenção em relação as intervenções que possam pôr em causa o seu conteúdo. Paralelamente, deverá garantir as condições para que o cidadão exerça este direito nas melhores condições de modo a tirar o máximo proveito dele, em atenção às circunstâncias que estão na base da sua consagração.⁵⁰¹

A afectação de um direito fundamental por um acto administrativo antecedido de um procedimento sem audiência dos interessados, gera indubitavelmente a sanção de nulidade, qualquer que seja o direito em causa, devido a relação que estes mantêm com a dignidade da pessoa humana que não permite fractura entre os direitos fundamentais valendo para os direitos liberdades e garantias, para os direitos económicos sociais e culturais, e os direitos análogos.⁵⁰²⁵⁰³

Não se pode compreender que para determinadas situações quantitativamente menos gravosas sanciona-se a violação de normas com a nulidade e a omissão da audiência dos interessados é sancionada com a anulabilidade, pensemos por exemplo

humana (artigo 1º da CRP) e do princípio do Estado Democrático (artigo 2º da CRP), tomado numa perspectiva garantia da segurança jurídica, in casu, da previsibilidade da decisão por parte da Administração Pública. Nem é justificável que a Administração instrumentalize o particular, tomando decisões que afectam a sua esfera jurídica sem que o trate enquanto verdadeiro sujeito da decisão administrativa, nem tão pouco é admissível que particular seja surpreendido com tal decisão”. Miguel Prata Roque, Acto nulo ou anulável? – A jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação – Ac do Tribunal Constitucional nº 594/ de 10.12.2008, Caderno de Justiça Administrativa nº 78 Novembro/Dezembro 2009, p 26-27.

⁵⁰¹ Miguel Prata Roque, Acto nulo ou anulável? – A jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação – Ac do Tribunal Constitucional nº 594/ de 10.12.2008, Caderno de Justiça Administrativa nº 78 Novembro/Dezembro 2009, p 28.

⁵⁰² João Pacheco Amorim, A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e audiência dos interessados no Código de Procedimento Administrativo, Cadernos de Justiça Administrativa nº 82 Julho/Agosto 2010 p 30-31.

⁵⁰³ Defendendo uma visão unitária dos direitos fundamentais que atende a sua natureza, Reis Novais, Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos fundamentais, Coimbra editora 2010 p 255ss.

nos casos, da falta da indicação da entidade que praticou o acto⁵⁰⁴ ou falta de assinatura⁵⁰⁵. Situações que pela sua natureza podem ser facilmente corrigidas sem no entanto afectar a eficácia do acto em causa, ao contrário da audiência em que a decisão tomada já está a ser executada provocando prejuízos muitas vezes irreparáveis, quando na verdade o cidadão alvo da mesma tinha elementos que poderiam alterar completamente o seu rumo (é só pensarmos nas demolição de uma residência em que o cidadão tinha elementos que comprovavam a propriedade sobre o imóvel, a condição para o acto fora o facto de ele não ser proprietário do bem objecto de demolição, se ele fosse ouvido, as coisas com certeza tomariam outro rumo. Ou ainda, o indeferimento sem audição de um pedido de passaporte para um cidadão que vai participar um campeonato 2 dias depois, porque se desconfiava-se da sua nacionalidade)⁵⁰⁶. Os dois exemplos avançados mostram que em todos os procedimentos existirá uma dimensão de defesa.

Se nas situações em que não tenha havido instrução não se aceita o afastamento da audiência dos interessados -ao contrário do que alguma doutrina defende com fundamento na falta de matéria para abordar em sede desta - como aceitá-lo nas situações em que tenha sido realizada a instrução, sancionado a sua omissão com a simples anulabilidade.⁵⁰⁷

De qualquer das formas e independentemente do que se defendeu acima, a verdade é que o efeito pretendido, aplicação da nulidade a actos que não tenham sido precedidos de audiência dos interessados pode ser obtido por outra via, o recurso extraordinário de inconstitucionalidade. A lei 3/08, Lei do Processo constitucional, consagrou o recurso extraordinário de inconstitucionalidade (artigo 49º a 53º), assim o seu âmbito são; (1) as decisões dos demais tribunais que contenham fundamentos de direito e decisões que contrariem princípios direitos liberdades e garantias previstos na Constituição da República de Angola; (2) actos administrativos definitivos e executórios que contrariem princípios direitos liberdades e garantias consagrados na Constituição

⁵⁰⁴ Artigo 133º nº 1 do CPA.

⁵⁰⁵ Artigo 133º do CPA.

⁵⁰⁶ Com uma comparação parecida, Tiago Macieirinha, Audiência dos...ob cit...p 22.

⁵⁰⁷ Fazendo uma reflexão bastante profunda sobre o assunto, João Pacheco Amorim, A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e audiência dos interessados no Código de Procedimento Administrativo, Cadenos de Justiça Administrativa nº 82 Julho/Agosto 2010 p 26-29.

da República de Angola. O artigo 50º atribui legitimidade para interpor este recurso ao Ministério Público e aos particulares que nos termos da lei do processo em que a sentença foi proferida têm legitimidade para interpor recurso ordinário, isto em relação às sentenças, no que tange aos actos administrativos têm legitimidade para interpor este recurso as pessoas que tiverem legitimidade para impugnar contenciosamente o acto. O prazo para interposição do recurso é de 8 dias contados da data da notificação da sentença, isto em relação às sentenças, e de 60 dias contados da data do conhecimento do acto objecto de impugnação, em relação aos actos administrativos. O regime aplicável ao recurso extraordinário difere, quer estejamos diante de sentenças, ou diante de actos administrativos, assim o regime aplicável às sentenças é do recurso ordinário de Inconstitucionalidade e ao acto administrativo é aplicável o regime estabelecido no Decreto-lei nº 4-A/96 de 5 de Abril, Regulamento do Processo Contencioso Administrativo, a competência para apreciar o recurso extraordinário de inconstitucionalidade é do plenário do Tribunal Constitucional. O recurso extraordinário só pode ser interposto após o esgotamento das vias ordinárias.

Aos actos delcarados inconstitucionais é aplicável a nulidade, nos termos do nº 3 do artigo 30º da Lei 3/08. Se a Administração tomar uma decisão sem realizar a audiência dos interessados e após esgotar os recursos ordinários, o cidadão pode recorrer ao Tribunal Constitucional para que este declare a inconstitucionalidade do acto administrativo, com fundamento na violação de uma norma constitucional, nº1 do artigo 220º, que deterima a audição dos cidadãos. Se a ordem judiciária comum teimar e aplicar a anulabilidade, ele sempre pode recorrer contra estas decisões que não atendem o disposto na CRA, mesmo sabendo que no nosso ordenamento jurídico, todo juiz tem a missão de proteger a Constituição.

E. O Evereste do procedimento, a decisão.

As razões que estão na base da aplicação do instituto do Procedimento Administrativo, encontram todas elas fundamento no facto de a sequência que ele impõe, visar sobretudo o alcance de um resultado, que traduz os vários interesses manifestados ao longo do percurso. De tal modo que podemos concluir que todos os

actos formalidades e diligências praticadas ao longo do procedimento, estão virados à decisão, não se admitindo outro cenário senão aquele em que a administração manifesta a sua vontade, qual juiz que após análise do desempenho dos vários concorrentes emite uma decisão com efeitos “sensoriais”.

Os actos propulsivos produzem efeitos vinculantes para a administração, no sentido de responderem ao que se solicita com tais actos, portanto há para a administração uma vinculação para produzir um acto administrativo, neste sentido são perfeitamente distinguíveis, as situações que possam obrigar a administração a instaurar um Procedimento Administrativo e outras que incondicionalmente a impelem a emitir um acto administrativo que não se deve confundir com as omissões juridicamente relevantes.⁵⁰⁸

Obrigam a administração a emitir um acto administrativo por exemplo, o pedido de reforma de um funcionário antes do limite etário legal⁵⁰⁹, ou o pedido de um particular para esclarecer e resolver um conflito em que se solicita que a administração atribua o direito de propriedade de um imóvel a um cidadão ou a outro, que no entanto estão em litígio e têm interesse que seja a administração a determinar a titularidade de direitos sobre o bem, porque ambos têm documentos passados por àquela relativamente ao direito em conflito.

Só a decisão com efeito sensorial justifica a prática de actos e de várias diligências ao longo do procedimento, o que deve acontecer em respeito aos cidadãos e todos outros interesses discutidos ao longo da tramitação. Para além disso, é importante que a decisão seja proferida dentro de um determinado período de tempo, sob pena ser considerada inútil, porquanto a matéria que pretendia regular desapareceu ou os factos por si só e de forma automática encarregaram-se de realizar a sua pretensão, ou a contrária.

Nem sequer podemos admitir que a administração simplesmente deixe de emitir um acto, em desprezo de todos elementos de facto e de direito, os juízos de valor que

⁵⁰⁸ Neste sentido, Paulo Ferreira da Cunha, O Procedimento Administrativo, Almedina Coimbra 1987, p 142.

⁵⁰⁹ Paulo Ferreira da Cunha, Procedimento...ob cit...p 146.

terá produzido ao longo do procedimento, a menos que não tenha praticado nenhum acto em sede deste. A decisão deverá sufragar e absorver todos os actos praticados que após o devido saneamento dever ser transformada em factos “palpáveis” que passarão a vincular os cidadãos e a própria administração, mas para tal é preciso que a existência dada aos factos seja a mais simples possível.⁵¹⁰

Sem prejuízo das situações em que se pretende que os actos da administração produzam efeitos para o futuro, - ainda assim fortemente conectados com o presente - a verdade é que os órgãos da administração têm a sua acção virada ao presente, na medida em que eles têm de enfrentar os problemas diários e sobre eles conceber soluções⁵¹¹. Os vários interesses devem ser devidamente tutelados na medida em que alguns deles podem ser prejudicados, de tal maneira que as soluções compensatórias se revelem impossíveis⁵¹², o seu tratamento preventivo deve acima de tudo atender a esta particularidade, pois quando os efeitos prejudiciais se efectivam, não se advinham outras soluções. A acção imediata revela-se necessária para conter os efeitos danosos.

O Decreto estabelece como não devia deixar de ser, prazos para a prática de actos, mas em nenhum momento faz referência aos prazos para a tomada de decisão. O artigo 32º consagra um prazo geral de 2 meses para conclusão do procedimento, que entretanto não atende todas as suas particularidades. Relativamente a inobservância do prazo geral apenas se fala em informação ao superior hierárquico, nada mais, como se tratasse de uma simples situação, quando na verdade estamos a lidar com o cumprimento dos prazos, cuja ignorância gera inúmeros prejuízos para os cidadãos, pelo que deveriam ser previstas sanções mais severas para a entidade causadora da situação. Assim, para os procedimentos iniciados pela administração a inobservância dos prazos imputada aos seus órgãos deveria gerar a preclusão do direito de agir, o mesmo acontecendo em relação aos prazos aplicáveis aos procedimentos iniciados pelos cidadãos, desde que provado que inobservância lhe é exclusivamente imputada.

⁵¹⁰ Paulo Ferreira da Cunha, Procedimento...ob citi...p 168.

⁵¹¹ Isabel Celeste Fonseca, Processo temporalmente justo e urgência, contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa. Coimbra editora 2009 p 117.

⁵¹² Isabel Celeste Fonseca, Processo...ob cit...p 154.

Por outro lado, o Decreto confunde prazos e cria enorme confusão aos cidadãos, ora vejamos o que vem disposto no artigo 43º. Este artigo faz referência aos actos a praticar, podemos incluir nele o prazo para a prática de actos administrativos? E o prazo geral de 2 meses? Estamos diante de uma incongruência que poderia ser resolvida se o legislador diferenciase as duas situações. A melhor interpretação do artigo em referência, tem de ser a que estabelece que os prazos nele consagrados aplicam-se apenas às diligências praticadas no decorrer do procedimento, ora neste caso estaríamos diante de um sub-prazo, tendo em atenção ao que vem estabelecido no artigo 32º enquanto regra geral. Apenas com recurso a elementos de interpretação se pode retirar das alíneas do artigo 44º algum sentido, missão que não está ao alcance de qualquer cidadão. A primeira afirma que para a contagem dos prazos não se deve atender o dia em que o evento ocorre, até aí parece pacífico, entretanto quando refere *... a partir do qual o prazo começa a correr*, parece gerar uma inconsistência linguística com fortes efeitos práticos, se não temos em conta o dia do evento, porquê usar a segunda oração? Que vem dificultar a interpretação, dando a entender que afinal de conta o prazo começa a correr no dia do evento. Em segundo lugar, era preciso esclarecer que o prazo que se faz referência na *al b)* está ligado ao que vem mencionado na *al a)* pois sem tal conexão, fica a ideia de haver contradição entre os dois, e o prazo começa a contar independentemente de qualquer formalidade... (a contagem pode começar no dia do evento). Em terceiro e último lugar, a redacção da *al c)* é bastante complexa, bastava dizer: *se o último dia do prazo a entidade estiver encerrada, devido à feriado ou fim de semana, o cidadão poderá praticar o acto no primeiro dia útil*. Isto posto, fica claro que a linguagem usada no Diploma não ajuda na sua divulgação e interiorização, perigando assim os objectivos ligados à segurança e certeza jurídicas.

3. Presunções dos efeitos das decisões. O Indeferimento como regra.

Já vimos que sobre a administração impende o dever de pronunciar-se, fundamentalmente porque a sua missão primacial constitucionalmente atribuída exige

dela uma agir constante, um *facere*⁵¹³, só assim se justifica que ela esteja vinculada ao princípio da decisão. Para tal, o funcionário público tem ao seu dispor um conjunto de elementos que irão guiar o seu trabalho rumo à tomada de uma decisão que incorpora em si o interesse público.

Portanto, num Estado democrático e de direito em que aos órgãos da administração não são colocadas questões acerca da legitimidade democrática, a administração pública não pode em momento algum deixar de cumprir a sua tarefa, que é servir os cidadãos que a suportam, por via da prática de actos que estes necessitem para viver bem, de tal sorte que para garantir a manutenção da colectividade a administração está proibida de parar, estando condenada a agir, a decidir de modo incondicional.⁵¹⁴

Como resultado, e embora sejam conhecidos os contornos do *iter*, -daí a decisão não constituir surpresa porquanto era perceptível ainda que por via de indícios,- a verdade é que a administração ainda assim terá de justificar a decisão num sentido e não em outro, porquanto tinha a sua disposição um conjunto de alternativas todas elas compatíveis com o interesse público.

Neste processo de decisão, a administração depara-se com um conjunto de aspectos complexos resultantes da natureza finalística da actividade e efectuada por

⁵¹³ “Conforme a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 2 de la ley 241/ 90, sea que el procedimiento persiga obligatoriamente una instancia, sea que deba ser iniciado de oficio, la Administración pública tiene el deber de concluirlo mediante el dictado de una medida expresa. La norma representa una especificación de aquel principio de la obligatoriedad del acionar administrativo que implica la existencia de un deber, no sólo para ejercer la función administrativa (obligación de proceder), sino también de conducirla a un resultado en términos del dictado de una medida final expresa (deber de disponer con medida expresa), excepción hecha para los casos previstos normativamente para el silencio significativo. Esta medida –de conformidad con el artículo 2 inciso 1– también debe ser dictada en un plazo determinado, identificada de acuerdo con las normas previstas en los párrafos siguientes del artículo 2.20 La regla general establecida en el artículo 2 es que, en ausencia de una normativa que establezca un plazo distinto, los procedimientos de compe- poner inmediatamente un recurso contra el así llamado incumplimiento por silencio (no es necesario, es decir, la previa intimación a la Administración), dentro de un año después de la fecha límite para la conclusión del procedimiento. La ley 69/2009 ha añadido también un inciso 9 al artículo 2 y un artículo 2-bis. En virtud del inciso 9 “La falta de dictado de la medida dentro del plazo es un elemento de valoración de la responsabilidad de gestión”. Y en virtud del artículo 2 bis, la falta respecto del plazo está relacionada con la obligación de compensar “el daño injusto causado como consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del plazo de conclusión del procedimiento (así llamado daño por el retardo)”. Diana-Urania Galetta La Ley...ob cit...p 255-256.

⁵¹⁴ Neste sentido, Carla Amado Gomes, Repensar o Código do Procedimento Administrativo – A decisão do procedimento, Caderno de Justiça Administrativa, nº 82 Julho/Agosto 2010 p 33.

altura da decisão, colocando-a perante conflitos e fins muitas das vezes incompatíveis entre si, de tal sorte que a decisão tomada realiza maioritariamente um fim, porque é o que deve naquela situação prevalecer, sendo as outras finalidades realizadas na medida do que for permitido pelo fim maioritariamente concretizado. A realização desta missão só é possível se recorrermos à técnica da ponderação.⁵¹⁵ A complexidade surge igualmente porque são envolvidas várias entidades com poderes participativos e decisórios, que não devem ser exclusivamente encarados como resultado da acção dos órgãos da administração responsáveis pela manifestação da vontade colectiva.⁵¹⁶ Como entender que após este trabalho a administração simplesmente não toma uma decisão e transfere para os cidadãos o ónus de interpretar a sua omissão?

Para que se possa falar de uma decisão propriamente dita, impõe-se que os seus contornos sejam levados ao conhecimento dos destinatários, quer porque a deverão executar ou ainda porque a pretendem impugnar, daí que o trabalho de fundamentação sirva para o cidadão, caso pretenda, impugnar determinados aspectos ocorridos ao longo do procedimento.

Não restam dúvidas que sobre a administração impende o dever de se pronunciar sobre os pedidos que diariamente lhe são apresentados pelos cidadãos⁵¹⁷ não havendo nestes casos o poder discricionário para decidir entre responder ou não responder, há sim uma verdadeira imposição para que esta se pronuncie, fundamentalmente porque

⁵¹⁵ Cabral Moncada, *Direito Público e eficácia*, Estudos de Direito Público...ob citi...p 195-196.

⁵¹⁶ Vieira de Andrade, *Dever...*ob cit..p 31-32.

⁵¹⁷ “La observación del Derecho positivo permite obtener la certidumbre de que la legalidad administrativa está apuntando reiteradamente a la tipificación de un haz de comportamientos que ha de asumir la Administración en cada ramo o sector, a fin de cubrir los fines de interés general. En cada caso, el ordenamiento dibuja y prevé una conducta debida. En esta previsión de un comportamiento reside, por otra parte, la clave de los ordenamientos estatutarios; a veces, como ocurre en las situaciones o status propios de Derecho Privado, la norma se apoya en criterios de vigencia social y a ellos se remite para completar la previsión: la conducta prevista encuentra su tipicidad en la realidad social limitándose el Derecho positivo a asegurar su realización, con dispositivos que supongan una garantía última frente a situaciones de anormalidad. Por el contrario, el Derecho Administrativo, basta una ojeada a la legalidad sectorial, ha emprendido un proceso de tipificación exhaustiva de las conductas que la Administración ha de asumir. Un examen de conjunto de esa legalidad sectorial permite concluir que el análisis científico no puede seguir el camino demasiado angosto que se ha trazado en una época que puede ya calificarse de clásica, porque tiene todas las connotaciones —positivas y negativas— que a este calificativo le son propias. Como en las cestas de Danaides, a que se refería PLATÓN, la vida real y sus requerimientos se acaban escapando por las rendijas”. Luis Morell Ocaña, *La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio*, ante la omisión administrativa de los standards de conducta previstos por la ley, *Documentación Administrativa* nº 208 1986, p 69.

as normas que exigem uma actuação da administração estão consagradas de forma lapidar, assumindo-se como verdadeiras regras, com efeito, basta que se cumpram os requisitos exigidos para a tomada de decisão⁵¹⁸.

O contexto e os desafios colocados à Administração Pública ditaram a valorização da relação jurídico-administrativa, de natureza bilateral, não havendo portanto nesta espaço para outros cenários que não sejam o da acção e da reacção, a zona compartilhada entre o sim e não, por força da relação sinalagmática que se vai desenvolvendo entre ambas as partes, o que de alguma forma limita o espaço concedido à administração para a tomada decisão⁵¹⁹. O pedido apresentado pelo cidadão, é fonte das relações jurídico-administrativas entre este e a Administração Pública e deve ser seriamente levado em conta.⁵²⁰

Mesmos que a iniciativa para despoletar o procedimento tenha sido da administração, existirá o dever de decidir na sua dimensão objectiva, por outro lado uma vez iniciado o procedimento toma contacto com várias pessoas e interesses que vão obrigar a administração a decidir, por respeito às expectativas criadas.⁵²¹ Enquanto titular de posições subjectivas, que interage com a Administração Pública o cidadão tem direito a respostas desta, fundamentalmente quando ele dá impulso a determinados procedimentos administrativos, pois o direito a um pronunciamento é subsumível à obrigação que impende sobre a administração de prestar contas ao cidadão tratando-se de uma actividade de gestão pública, afinal de contas o cidadão é a razão de ser da sua existência.

Infelizmente a administração nem sempre cumpre as obrigações legalmente estabelecidas e produz determinadas omissões juridicamente relevantes que podem ter um sentido negativo ou um sentido positivo. Estas soluções em parte surgem para colmatar os inconvenientes resultantes da inexistência de uma decisão, dando origem à

⁵¹⁸ Tiago Antunes, A decisão no novo Código do Procedimento Administrativo, Comentários ao Novo...vol II ob cit...p 166-167.

⁵¹⁹ Luciano Parejo Alfonso, La nueva regulación del llamado silencio administrativo, Documentación Administrativa nº 254/255, 1999, p 115.

⁵²⁰ Sérvulo Correia, O incumprimento do dever de decidir, Caderno de Justiça Administrativa nº 54 Novembro/Dezembro 2005, p 8.

⁵²¹ Sérvulo Correia, O incumprimento...ob cit...p 8.

um pronunciamento de um entidade judicial⁵²², ou seja; o acto tácito negativo pela sua natureza e efeitos foi concebido para ser sindicado pelos tribunais, enquanto verdadeiro acto administrativo gerador de todos efeitos jurídicos possíveis.

Portanto o silêncio negativo está totalmente virado para os tribunais, por força dessa constatação, ele chega a ser equiparado a um verdadeiro acto administrativo⁵²³, “sensorialmente” existente. Trata-se portanto de uma *ficção legal com efeitos processuais*⁵²⁴, assim se pode e na sequência do que se afirmou acima, concluir que o acto tácito negativo surge como mecanismo de protecção dos cidadãos, contrariando a ideia segundo a qual o instituto serviria exclusivamente os interesses da administração.

Entretanto devemos ter algum cuidado quando associamos o acto tácito negativo à impugnação judicial, pois corremos o risco de confundir duas coisas inconfundíveis, o que pode levar a pensar que o instituto constitui um mecanismo que justifica por parte da administração o eximir das suas responsabilidades decisórias, daí que, para além das sanções administrativas e a responsabilidade civil resultantes da inércia da administração, devemos encontrar formas para combater as omissões propositadamente provocadas por esta e que estão a coberto do acto tácito⁵²⁵.

Os actos tácitos⁵²⁶ independentemente da sua natureza podem estar sujeitos à regras de revogação embora deiam origem a uma cadeia de imaginações, pois se

⁵²² Tomás Ramón Rodríguez, Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatórios, JRAP nº 53, p 281.

⁵²³ “Del examen comparado de los artículos 94 y 95 de la Ley de Procedimiento la doctrina extrajo una primera conclusión, ciertamente brillante: que mientras el silencio negativo no podía calificarse como un auténtico acto administrativo presunto, sino como una mera presunción que abría la vía de recurso, el silencio positivo sí debía considerarse como un verdadero acto. Lo que con ello se pretendía, entre otras cosas, eran determinadas conclusiones prácticas de índole procesal: si el silencio negativo no es un acto, no puede quedar consentido por el transcurso de plazo alguno de recurso ni ser confirmado por una resolución expresa posterior (que al ser confirmatoria resultaría inimpugnable); si, en cambio, el silencio positivo es un acto, ello supone que la eventual resolución denegatoria que se produjese transcurrido el plazo de silencio sería calificable de un acto revocatorio de otro declarativo de derechos (el producido por silencio), producido al margen del procedimiento de revisión de oficio; un acto, por tanto, nulo, con lo que la eficacia del silencio quedaba definitivamente salvaguardada”. Juan Alfonso Santamaría Pastor, Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada, Documentación Administrativa, nº 208 1986, p 111.

⁵²⁴ Tomás Ramón Rodríguez, Silencio negativo...ob cit...p 283.

⁵²⁵ Neste sentido Ramón Rodríguez Silencia...ob cit p 293.

⁵²⁶ “No entanto, quer o legislador, quer grande parte da doutrina, optaram por empregar a expressão acto tácito – com valor de indeferimento ou de deferimento da pretensão, - para resumir a consequência da inércia; opção pouco feliz, já que essa figura se reporta aos actos que, embora abertamente declarados, se devem assumir como praticados enquanto são pressuposto lógico necessário de outro que se expressa na via normal, o que manifestamente pouco tem a ver com o cenário que nos ocupa. De todo o modo, e

fingimos que existe acto administrativo, igualmente teremos de fingir por altura da eventual revogação. Em relação aos actos tácitos negativos a vinculação às regras sobre revogação é apenas para efeitos processuais.⁵²⁷

Entretanto cumpre salientar, que a produção de um acto tácito negativo nem sempre exige a administração de tomar uma decisão, antes, uma vez produzido o cidadão poderá recorrer às garantias administrativas para com ela discutir a possibilidade de revogação do “não acto”. De qualquer forma, mesmo que o cidadão não impugne administrativamente, o recurso às vias judiciais deverá estar assegurado, por força do princípio da tutela jurisdicional efectiva⁵²⁸.

Ainda assim, há quem entenda que o decurso do prazo pode originar a perda do direito de impugnar judicialmente o acto tácito. Não se exclui a possibilidade de a administração “corrigir o erro” e tomar uma decisão expressa⁵²⁹, embora tardiamente, neste caso ela estará vinculada a tomar uma decisão em sentido positivo, pois se ela quisesse manter a decisão em sentido negativo, bastaria o acto tácito, a menos que queira por razões de segurança e certeza jurídicas emitir um acto que passará a contar para a estatísticas, pois dele o cidadão por ser um acto repetitivo, não poderá retirar nenhum efeito, pois a sua pretensão continuará a ser inviabilizada⁵³⁰. As coisas processam-se de modo diferente nos casos em que se revoga o acto tácito positivo, e pratica-se um acto em sentido contrário, entretanto poderão ser levantadas questões relativas aos direitos constituídos dos cidadãos prejudicados com a decisão.⁵³¹

Por outro lado, os direitos fundamentais impõem-se aos órgãos do estado, cabendo a estes a criação de condições para que o conteúdo destes seja efectivado e personalizado, ora a técnica do silêncio parece conflitar com o conteúdo dos direitos fundamentais tutelados através do procedimento administrativo. Os direitos liberdades

por razões de comodidade expositiva, servir-nos-emos também dessa fórmula”. Margarida Corteza, *Inactividade...* ob cit...p 378.

⁵²⁷ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *O silêncio Administrativo*, Caderno de Justiça Administrativa nº 28, jul/Agosto 2001 p 26.

⁵²⁸ Rafael Gómez-Ferrer Morant, *El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional*, Documentación Administrativa nº 208, 1986 p 100.

⁵²⁹ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *O Silêncio Administrativo*, Caderno de Justiça Administrativa, nº 28 julho/Agosto 2001 p27.

⁵³⁰ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *O Silêncio...* ob cit...p 27.

⁵³¹ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *O Silêncio...* ob cit...p 27.

e garantias estão associados à ideia de abstenção, obrigam à administração a afastar-se de todos os comportamentos que os possam afectar negativamente, havendo por conseguinte a obrigação de criação de condições para a sua realização. Ao contrário, os direitos económicos sociais e culturais exigem que a administração actue no sentido de criar as condições para o seu exercício, pelo que o cumprimento das duas premissas, em nenhum momento pode ser materializado por via de comportamentos omissivos da administração.

Esta inacção põe inclusive em causa o direito a notificação, com todos efeitos daí decorrentes pois estamos diante de uma comunicação defeituosa que não contem o acto administrativo na íntegra.⁵³²

A actividade administrativa tem de ser exercida na perspectiva teleologicamente adequada, de modo a respeitar os poderes administrativos que lhe são conferidos, onde a liberdade de actuação é maior na medida em que administração pode tomar várias medidas formatadas a realizar o interesse público. Nestes termos, o poder em questão deve ser usado para conter determinadas actividades privadas que se revelem prejudiciais àquele interesse. Assim, a exigência de actuação é maior, não se compadecendo com meras manifestações volitivas. Nestes casos a omissão administrativa apresenta-se como verdadeira violação do princípio da eficiência. Nestas matérias basta que exista uma queixa para exigirmos que administração instaure um procedimento tendente a prática de um acto administrativo que determinará a adopção de várias medidas.⁵³³

A procedimentalização da actividade administrativa permite que se qualifique o Direito Administrativo como um ramo que se ocupa preferencialmente da acção administrativa. Nesta sua missão, o procedimento visa sobretudo racionalizar e disciplinar os mecanismos de acção, assim, concentram-se todas as atenções no acto final, havendo uma forte preocupação com o processo de tomada de decisão⁵³⁴, que em regra veicula uma pretensão da administração ou dos particulares, geradora de

⁵³² Rafael Gómez-Ferrer Morant, El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional, Documentación Administrativa nº 208, 1986, p 102.

⁵³³ Ricardo de Vicente Domingo, Discrecionalidad e Inactividad. El principio del actuación suficiente de la Administración, Revista Española de Derecho Administrativo nº 165, Jul/Set 2014 p81-82.

⁵³⁴ José Eduardo Figueiredo Dias, A reinvenção...ob cit...p 682.

expectativas jurídicas que devem ser acauteladas por um conjunto de normas particularmente as de direitos fundamentais.

Enfim, se ao cidadão lesado pela omissão da administração é dada possibilidade de impugná-la judicialmente é porque se reconhece a ilegalidade e a antijuridicidade⁵³⁵ da situação, pelo que ela deverá ser eliminada do ordenamento jurídico. Neste sentido, e sabendo que a decisão se apresenta como elemento essencial do acto administrativo, (agrava-se ainda a situação pois falta qualquer fundamentação), podemos pensar em aplicar a nulidade como consequência da violação do princípio da decisão⁵³⁶ justificada pelo princípio da prossecução do interesse público. Assim sendo, do acto nulo não resultarão quaisquer efeitos, logo o cidadão não estará obrigado a cumprir o “não acto”. De todos os mecanismos que se podem usar para proteger os cidadãos contra os actos silenciosos da administração este confere maiores garantias, e inibirá a administração de proliferar tais “práticas”.

O artigo 58º do Decreto consagra o indeferimento tácito como a regra a quando do silêncio da administração, revelando neste sentido a tendência clássica do Direito Administrativo consagrada no diploma.

A consagração do instituto aparece no contexto angolano, repleta de garantias para a Administração Pública estribada no facto de muitas vezes e pelo volume de trabalho a administração deixar de tomar uma decisão exigida por lei e atribuir a este silêncio um valor negativo e prejudicial para o cidadão, enquanto esta contínua o seu trabalho diário normal, pois a sua desorganização está ilegalmente coberta pela omissão em sentido negativo. Ademias, a prática ajudou a provar que mesmo naquelas situações

⁵³⁵ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, O silêncio...ob cit... 35.

⁵³⁶ “O princípio da decisão é hoje um dos princípios orientadores da actividade administrativa, princípio que encontrou acolhimento no artigo 9º do CPA. Contudo, e contrariamente ao que seria de supor, aquilo que sobressai nesta norma não é tanto a sua parte dispositiva, mas a respectiva epígrafe – princípio da decisão – pois, facilmente se conclui pela insuficiência do seu corpo, no que toca ao substracto do dever de decidir. Se não, vejamos. Prescreve o respectivo nº 1 o dever de os órgãos administrativos se pronunciarem sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados pelos particulares, por via, designadamente, de petições, representações, reclamações ou queixas. Só que este dever de pronúncia não é, em si mesmo um dever de decisão, uma vez que, contrariamente a este último, não pressupõe a instauração de um procedimento dirigido à prática de um acto administrativo, tanto mais quanto as instâncias a que o preceito se refere não constituem, em geral, actos de iniciativa procedimental”. Margarida Cortez, A inactividade formal da Administração como causa extintiva do Procedimento e as causas e consequências, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra editora 2001, p 374-375.

em que não há excesso de trabalho, a administração com o intuito de prejudicar o cidadão deixa de decidir. Atendendo à forma de actuação cada vez mais demorada dos nossos tribunais e dos poderes limitados dos juízes, que apenas podem emitir sentenças meramente declarativas, o acesso aos tribunais não se revela como a melhor via para digladiar contra as omissões da administração.

O acto tácito na sua morfologia⁵³⁷, gera desequilíbrio nas relações entre administração e cidadão, pois permite que aquela deixe de se pronunciar sobre matérias relevantes, abacando a crença dos cidadãos no Estado, visto como entidade criada para que eles no seu interior se possam realizar como pessoas e que para o efeito, estão dispostos a incorrer em sacrifícios económicos para garantir a sua manutenção e realização deste ideal.⁵³⁸

Com a opção pelo indeferimento como regra, o nosso ordenamento jurídico ignora efeitos que decorrem dos actos tácitos positivos. Se a ideia era deixar o cidadão sem qualquer meio para realizar as suas pretensões, a verdade é que a dimensão subjectiva não é a única finalidade dos actos tácitos positivos, porquanto alguns deles estão ao serviço de legítimos interesses da comunidade⁵³⁹.

Ao nível da sistemática da organização política entre os três poderes não existe regra alguma que confere tratamentos privilegiados de uns em detrimento de outros, em tese os três poderes encontram-se no mesmo patamar, de tal sorte que não se justifica que a administração tenha o poder de deixar de se pronunciar sobre determinados assuntos e aos juízes impera o dever de se pronunciar sobre todos os pedidos apresentados pelas partes, nos termos do que vem escarpado no artigo 8º do Código Civil.⁵⁴⁰

⁵³⁷ “De qualquer modo, para se aderir a qualquer uma das duas soluções anteriores (deferimento ou indeferimento tácito) torna-se indispensável que no caso concreto a Administração tenha o dever de decidir; e que seja fixado um prazo a partir do qual possa qualificar-se juridicamente a apatia do administrador, quer ele resulte de disposição da própria administração, quer do legislador”. Rogério Soares, *Direito Administrativo*, Coimbra 1978 p 313.

⁵³⁸ Carla Amado Gomes, *Repensar o Código do Procedimento Administrativo - A decisão do procedimento*, Cadernos de Justiça Administrativa nº 82, Jul/Ago 2010 p 32.

⁵³⁹ Carla Amado Gomes, *Repensar...ob cit...p 34*.

⁵⁴⁰ Carla Amado Gomes, *Repensar...ob cit...p 34*.

A norma que consagra o indeferimento como regra, pode ser considerada inconstitucional⁵⁴¹ pois a CRA, consagra o princípio da prossecução do interesse público como pilar da actuação administrativa, que por sua vez, pressupõe actuação movimento dinamicidade independentemente da entidade que despoleta o procedimento⁵⁴². Por outro lado o legislador deixa de se pronunciar sobre uma determinada situação e o efeito é logo de indeferir, e como é que sabe que naquela situação não havia elementos de interesse público a se ter em conta? Logo ela viola duplamente a Constituição, porque não realiza o interesse público e depois porque impede a administração de realizá-lo. Por outro lado, a ponderação efectuada pelo legislador não é das melhores, pois não atende os vários interesses em causa, na medida em que opta pelo não pronunciamento quando na verdade os cidadãos enquanto “clientes” têm direito a uma decisão e não a presunções cuja materialidade e efeitos são de difícil apreensão. Em nenhum momento, o interesse público orienta o legislador a não se pronunciar sobre determinados assuntos, antes pelo contrário, dita actuação da administração enquanto gestora dos interesses dos cidadãos e convenientemente vinculada ao princípio da boa administração. Ademais será que o silêncio da administração encerra sempre em si valores que podem determinar o indeferimento do pedido do cidadão? Achamos que não.

⁵⁴¹ No domínio ambiental estejamos atentos às palavras da Professora Carla Amado Gomes: “O silêncio como forma de finalizar um procedimento autorizativo ambiental, dado o seu presumível automatismo, é tendencialmente atentatório dos princípios constitucionais da prossecução ponderada de interesses públicos e privados; da imparcialidade (incorporação no procedimento de todos os argumentos relevantes); da proporcionalidade (obrigação de sopesar o objectivo de antecipação de riscos ambientais em face das posições jurídicas subjectivas, de modo a não impor deveres demasiado intensos); da participação como forma de concretização da solidariedade na promoção e preservação da qualidade dos bens ambientais naturais; enfim, da prevenção de riscos ambientais na medida do tecnicamente possível (artigos 266º/1 e 2 e 66º/2 da CRP). A maneira de vencer a inércia administrativa quanto à emanação da decisão final de um procedimento autorizativo deve ser remetida para os tribunais (através da acção regulada nos artigos 66º segs do CPTA), salvo, porventura, nos casos em que a intervenção da autoridade administrativa esteja condicionada por pareceres técnicos vinculativos ou outras diligências, cujo efeito preclusivo anule os riscos da valoração positiva do silêncio”. Carla Amado Gomes, Risco...ob cit...p 413.

⁵⁴² Imaginemos o particular que requer à Administração a construção de um edifício numa zona que periga a saúde das pessoas que residem ao redor do terreno, neste caso a Administração para garantir a protecção da saúde das pessoas, deverá se manifestar, e por via de um acto expresso que pressupõe um procedimento, que realizou e avaliou todas as questões, o que não acontece no acto tácito porquanto em nenhum momento se iniciou o devido procedimento.

As ficções legais⁵⁴³ utilizadas para garantir a impugnação do acto tácito, não se apresentam como a melhor técnica, na medida em que a sua compreensão não está ao alcance de todos os cidadãos e levantam inúmeros problemas por altura da sua execução. Ademais as presunções geralmente usadas em direito público estão a serviço de determinados interesses e valores, a preservação do interesse da colectividade, a estabilidade do sistema, e a segurança das relações sociais, são geralmente utilizadas para garantir a segurança jurídica dos actos dos poderes públicos e estão sempre sujeitas ao crivo do poder judicial.⁵⁴⁴ Nestes sentido, podemos pensar por exemplo na regra da presunção de validade dos actos administrativos, o uso desta técnica, apesar de criticável justifica-se para garantir a continuidade da prestação de serviços por parte da administração e que o caminho rumo ao interesse público seja livre e sem qualquer obstáculo que posteriormente se revele como um falso problema.⁵⁴⁵ O mesmo não se podendo afirmar em relação ao acto tácito de efeito negativo.

4. Morfologia do Deferimento tácito

O Acto tácito de efeito positivo não está isento de críticas⁵⁴⁶, apesar da sua essência tendencialmente garantística⁵⁴⁷. Nos casos em que se dá o acto tácito de valor positivo, se a administração analisasse elementos em sua posse não iria diferir o pedido

⁵⁴³ Sobre as presunções, e todos as suas implicações no Direito Público, Florence Haret, Presunções no Direito Tributário, teoria e prática, Universidade de São Paulo 2010.

⁵⁴⁴ Florence Haret, Presunções...ob cit...p 36.

⁵⁴⁵ Florence Haret, Presunções...ob cit...p 39.

⁵⁴⁶ “Apesar de o acto silente positivo ter já sido considerado um “escândalo no Estado de Direito”, de tendencialmente reduzir as garantias de participação de terceiros no procedimento, de eliminar deveres de diligência administrativa, *maxime* de eximir a Administração do cumprimento do dever de decisão (cfr. o artigo 9º do CPA), aliviando-a do seu poder-dever de autotutela declarativa, é manifesta a sua apetência para induzir aceleração procedimental²⁴⁵. Ora, esse objectivo, numa era de sobrecarga organizativa — quer por força da *explosão* da galáxia administrativa, quer em virtude da pressão provocada pela globalização do risco—tem o seu contraponto na tentativa de gerar eficácia dentro do sistema, procurando avaliar da *necessidade* de controlo de um certo número de actividades cuja simplicidade e tendencial inocuidade dispensam um filtro preventivo apurado (v.g., autorização de abertura de um quiosque de jornais; autorização de venda de fruta num mercado)”. Carla Amado Gomes, Riscos...ob cit...p 413. Outras críticas pelo menos no sector ambiental são apresentadas por, Tiago Antunes, A decisão do procedimento de avaliação de Impacto ambiental, in revisitando a avaliação de impacto ambiental, icjp, 2013 p 239ss. https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_aia.pdf

⁵⁴⁷ João Tiago Silveira, O Deferimento Tácito (Esboço do Regime Jurídico do Acto Tácito Positivo na Sequência de Pedido do Particular) – À Luz da Recente Reforma do Contencioso Administrativo, Coimbra, 2004, p 106.

apresentado pelo cidadão⁵⁴⁸, avançando por exemplo como fundamento a violação do interesse público. Neste caso este acto representa uma afronta directa àquele princípio, que será postergado, em nome de interesses exclusivamente privados, dando origem ao debate acerca da constitucionalidade desta solução.

Aponta-se ainda o facto de este instituto em nome da eficiência e da simplificação, provocar a desadministrativização. Ademais, o facto de se permitir que o cidadão pratique um acto ou exerça uma actividade tacitamente autorizada, pode gerar prejuízos cuja reparação não encontra correspondência ao nível do ordenamento jurídico⁵⁴⁹.

Entretanto, e apesar das várias críticas⁵⁵⁰ apontadas à utilização do instituto, a verdade é que ele poderá ajudar a administração a organizar-se da melhor forma e assim, materializar as suas pretensões de forma eficiente, pois os funcionários terão a plena consciência dos efeitos do instituto, de tal modo que se eles quiserem indeferir o pedido ora submetido à sua apreciação, deverão fazer em respeito ao princípio da

⁵⁴⁸ Carla Amado Gomes, Risco...ob cit...p 214.

⁵⁴⁹ Carla Amado Gomes, Repensar...ob cit...p 36-37.

⁵⁵⁰ “El resultado para la institución del silencio positivo no ha podido, sin embargo, ser más nefasto. Lo que se concibió, quizá, como una técnica «suave» de intervención administrativa, de faz enganosamente más benéfica que el silencio negativo, se convierte en una trampa gigantesca, que convierte al ciudadano sometido a ella en un ser de bastante peor condición que los restantes, sujetos a la fórmula del silencio negativo. Es cierto que este último no otorga nada al petitionerario; pero tampoco lo otorga el silencio positivo, en la medida en que en cualquier momento puede recaer válidamente una resolución denegatoria. Sorprendentemente, las consecuencias favorables y desfavorables de los silencios negativo y positivo se invierten por completo: en primer lugar, la Administración recibe un peor trato si cumple con su deber (de dictar una resolución expresa) que si lo incumple; si otorga expresamente una autorización ilegal no podrá revocarla sino mediante revisión de oficio, requisito del que se le exige si incumple con su obligación de resolver. Y en segundo lugar, la posición de expectativa del ciudadano petitionerario de una autorización es bastante peor en caso de silencio positivo que en el de silencio negativo: en esta segunda hipótesis el particular tiene la posibilidad de acudir a un Tribunal para que le otorgue la autorización injustamente denegada; posibilidad, sin embargo, de la que carece en caso de silencio positivo. Lo cual parece lógico, pero no lo es, habida cuenta de la altísima dosis de inseguridad que la situación genera: el solicitante de una autorización que se rige por la regla del silencio negativo sabe con absoluta certeza que no puede llevar a cabo la actividad en tanto no recaiga resolución favorable; en el caso contrario el solicitante se encuentra ante el dilema de hacer o no hacer uso del silencio; si se hace uso de él y lleva a cabo la inversión económica que se precise, está expuesto a que posteriormente la Administración le sorprenda con una imputación de ilegalidad, clausurándole la actividad que creía amparada en el silencio positivo, y ni siquiera puede salir de dudas acudiendo a un Tribunal para que declare su derecho, ya que no puede actuar como demandante reclamando la confirmación del acto tácito. ¿Qué beneficio otorga, pues, el silencio positivo respecto del negativo? Literalmente, ninguno”. Juan Alfonso Santamaria Pastor, Silencio...ob cit...p 112.

decisão, de forma expressa, funcionando o instituto como um factor de pressão, cujos efeitos deverão ser sentidos globalmente na actuação da administração.

Na senda do que se afirmou em relação ao acto tácito negativo, também se discute a natureza do acto tácito positivo, nestes termos várias correntes são apresentadas; o deferimento tácito como acto administrativo, o acto tácito como presunção,⁵⁵¹ acabando por prevalecer a tese da equiparação, ou seja do deferimento tácito como ficção legal, fundamentalmente porque a administração pública não decidiu em face da situação, a omissão é considerada como se aquela tivesse emitido o competente acto administrativo, só não se verificando esta ideia nas situações em que ela não tenha decidido por motivos ligados à sua organização, aí nem sequer podemos falar em vontade, pelo que não fará sentido a equiparação, pelo menos em termos volitivos, verificável nas situações em que ela não decide e pretende conscientemente que dessa omissão sejam retirados determinados efeitos jurídicos.⁵⁵²

Face ao quadro e reconhecendo a pertinência das críticas apresentadas, importa que nos foquemos nas vantagens decorrentes da sua utilização, que visivelmente superam, as desvantagens.

A incontornável ponderação dos interesses em jogo na actividade administrativa, pressupondo naturalmente um conflito de interesses, os riscos para saúde, riscos para a segurança dos cidadãos, leva-nos a garantir que se tenha em consideração o deferimento tácito como opção, em face da demora na decisão por parte da administração pública⁵⁵³, ou seja entre resolver um problema catalogado como uma necessidade premente, ou aguardar que a administração se pronuncie, não deve haver outra opção senão àquela que a materialize tacitamente dada a urgência do caso, realidade perfeitamente compatível com o acto tácito de efeito positivo, até porque muitas vezes os danos que resultam da demora da decisão são irreparáveis e nem os mecanismos cautelares ajudam a “curá-los”.

⁵⁵¹ João Tiago Silveira, *O Deferimento tácito, esboço do regime jurídico do acto tácito na sequência de pedido de particular*, Coimbra editora 2004 p 81 ss.

⁵⁵² João Tiago Silveira, *O Deferimento...ob cit...p 97.*

⁵⁵³ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *O silêncio...ob cit..p 32.*

Em função da situação e dos direitos envolvidos, nada obsta que o cidadão beneficiário do acto tácito, requeira ao Tribunal um reconhecimento do seu direito, por via de competente acção, esta solução apresenta-se desde já como alternativa a crítica apontada segundo a qual, o deferimento tácito, propicia a insegurança jurídica nas relações sociais. Não está igualmente afastada a possibilidade de ele usar qualquer dos meios legalmente permitidos para a auto-realização dos seus direitos, este segundo aspecto contrapõe brilhantemente a crítica igualmente apontada ao instituto referente às dificuldades de execução do conteúdo da “não decisão”.⁵⁵⁴

O deferimento tácito é um instrumento que visa assegurar a realização de direitos e valores que pela sua natureza dificilmente podem ser materializados por outros instrumentos. Pensemos nos valores inerentes ao licenciamento de obras particulares, ou ainda a autorização para laboração contínua, em que se pretendem defender interesses ligados ao direito de propriedade, habitação ou até direito ao trabalho, que de outro modo dificilmente seriam protegidos atendendo as circunstâncias, pois o deferimento tácito elimina qualquer entrave ou problema que pode advir realização daqueles valores⁵⁵⁵, ao aceitar que eles se verifiquem ou realizem na ordem jurídica dentro de um determinado prazo.

O deferimento tácito afigura-se como o mecanismo mais eficiente na realização das pretensões dos cidadãos face às limitações dos poderes de pronúncia dos juízes no nosso contencioso administrativo, em que o juiz se limita a declarar o direito. Ora com o deferimento tácito, o cidadão não precisa de recorrer aos tribunais para obter um efeito que ele já tem por força da omissão⁵⁵⁶. Em segundo lugar, caso recorra ao tribunal, o contencioso de mera anulação pouco irá acrescentar aos efeitos trazidos do procedimento, apenas declarará o direito, com a diferença que neste caso, a eficácia a retirar da decisão será maior, na medida em que o efeito já existe e ele poderá reconhecê-lo com uma pronúncia maior do que a mera anulação, pois já tem um referencial, a partir da qual irá tomar a decisão. O deferimento apresenta-se como uma

⁵⁵⁴ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, O silêncio...ob cit...p 32.

⁵⁵⁵ João Tiago Silveira, O...ob cit..p 107.

⁵⁵⁶ Sobre a acção de codenação à prática de acto devido enquanto solução para colmatar as insuficiências da actiação administrativa, Vieira de Andrade, A acção de ondenação à prática de acto devido, A reforma da justiça Administrativa, Stvdia ivridica nº86,Coimbra editora 2006, p 169 ss.

alternativa face às insuficiências do contencioso de mera anulação, obrigando o legislador nos termos do princípio da tutela jurisdicional efectiva, a criar mecanismos para combatê-las da melhor maneira.⁵⁵⁷

O acto administrativo é um elemento fundamental sem o qual não pode haver autorização para a prática da actividade em causa, ora se o cidadão reúne todos os requisitos exigidos para a sua concessão, mas não a obtem por força da inércia da administração, nada melhor do que sancionar a administração -fundamentalmente se ela pretendia indeferir o pedido, por violação do interesse público – com a imposição da aceitação, porque descuidou-se na sua tarefa de fiscal do interesse público. Não procedem por isso, os argumentos de ordem organizativa, como justificação para a omissão, na medida em que existe uma relação directamente proporcional entre a organização administrativa e o nível de necessidades que ela deve realizar, de tal modo que as insuficiências organizativas são exclusivamente imputáveis à administração.

O deferimento tácito impõe algumas reflexões acerca do posicionamento da administração e seu papel na sociedade, ele pisca para situações que pela sua natureza já não mereceriam a intervenção da administração⁵⁵⁸, a exemplo do princípio da intervenção mínima existente no Direito Penal. Nestes termos num futuro longínquo, algumas das situações consagradas no artigo 57º, deveriam deixar de estar sujeitas ao controlo directo da administração, permitindo aos interessados a realização destas matérias, numa espécie de auto-regulação, cabendo à administração apenas fiscalizar. Contudo, reconhecemos as dificuldades que uma teoria como esta acarreta no que a sua implementação diz respeito, daí que a avançamos apenas para efeitos reflexivos.

Não nos preocupam por isso as teses que apregoam o afastamento do deferimento tácito do contexto da actividade administrativa porque ele gera comportamentos ilícitos. Ora a actuação do cidadão na base do acto tácito de deferimento, não pode exceder os limites por ele estabelecidos, as autorizações restringem-se ao que foi apresentado no pedido, materializando por isso o acto administrativo que a lei faz referência, por exemplo é concedida a autorização para

⁵⁵⁷ João Tiago Silveira, O...ob citi...p109.

⁵⁵⁸ A autorização para laboração contínua, parece ser uma daquelas matérias que deve sair da alçada do controlo da administração, atribuindo a competência para o efeito, a outras entidades.

trabalhar por turnos e nada mais pode-se retirar desta autorização. Ainda assim, caso persistam ou existam as ilegalidades, elas estarão sujeitas ao tratamento que se dão aos actos administrativos ilegais, podendo por exemplo ser revogado o acto tácito.⁵⁵⁹ Por outro lado, o risco de comportamentos ilícitos também existe nos actos expressos, daí que as soluções para as combater valem para os actos tácitos.

Defende-se ainda a ideia segundo a qual o deferimento tácito é atentatório aos interesses públicos e de terceiros, ora a ser verdade isso só acontece por razões imputáveis à administração, que para o caso concreto deixa de avaliar e ponderar em face dos elementos em presença. Se ela deixar de tomar a decisão, o resultado é aceitação do pedido, porque se de facto ela avaliasse saberia que este pedido pela sua natureza é atentatório aos interesses públicos ou de terceiros. Por outro lado, todos os cidadãos prejudicados com o acto tácito poderão usar as vias legalmente consagradas para impugná-lo. Apesar disso, não podemos esquecer que em algumas situações os interesses de terceiros podem em nome de valores superiores ceder, o mesmo para o interesse público. Daí que se defenda a aplicação do deferimento tácito para apenas algumas matérias ou situações que pela sua natureza não geram problemas complexos para administração e para os cidadãos.⁵⁶⁰

Com o deferimento não se transfere a competência decisória para os cidadãos, por vários motivos, desde logo porque a competência para a prática de actos administrativos é salvo autorização legal, exclusiva dos órgãos administrativos, pois são eles que se devem responsabilizar em primeira instância pelo exercício da actividade administrativa. Ademais, com o deferimento o cidadão não está habilitado a decidir, mas a retirar os efeitos decorrentes de um acto, ele não influencia em nada na medida em que tudo decorre *ope legis*⁵⁶¹, se tal fosse verdade, ele teria por exemplo o poder de revogar os actos tácitos, pelo que a sua posição é passiva e não o contrário.

Impõe-se o redobrar de elementos fiscalizadores do acto tácito, por forma a garantir que não haja aproveitamento ilícito dos agentes públicos, por outro lado, precisamos encontrar meios para garantir que efectivamente o acto tácito tenha o

⁵⁵⁹ João Tiago Silveira, O Deferimento...ob cit...p 268.

⁵⁶⁰ João Tiago Silveira, O Deferimento...ob cit..p 278.

⁵⁶¹ João Tiago Silveira, O Deferimento...ob cit...p 278.

mesmo efeito que o acto expresso. Por exemplo, conferir um título em que se reconhece ao cidadão o direito que por força da inércia da administração não foi efectivado. Independentemente e embora implique alguma complexidade é sempre possível fazer prova da existência de um direito tacitamente atribuído, mostrando por exemplo a data em que o requerimento foi apresentado e contar os prazos, ainda assim a necessidade de execução como tal não se coloca em todos os actos tácitos de deferimento.⁵⁶²

As situações geradoras do deferimento tácito no nosso ordenamento jurídico⁵⁶³, são absoletas e desapareceram por força da sua caducidade, na medida em que outras leis, devido ao tempo em que o decreto entrou em vigor regularam aquelas matérias, muitas das quais eliminando a regra do deferimento tácito, pelo que se impõem reflexões em torno do regime no nosso ordenamento jurídico, nestes termos, um conjunto de soluções podem ser consagradas em relação à matéria tal como já fizeram outros países. Se quisermos continuar com o indeferimento enquanto regra, então é imprescindível que se consagre ao nível do contencioso a acção de condenação para a prática do acto devido, ou outras que tenham e produzam os mesmos efeitos e se possam apresentar como sucedâneo eficaz ao indeferimento tácito. Alternativamente deverá a regra do indeferimento ser eliminada, convertendo-se o deferimento como regra, e eventualmente àquele como excepção, pelo menos nas matérias que envolvem alguma complexidade e que o seu exercício sem a avaliação dos interesses em jogo possa causar danos incomensuráveis. Parece não estar também afastada a possibilidade de alargarmos as situações de deferimento tácito.

Enfim, temos de criar mecanismos eficazes para sancionar a Administração Pública quando não decide dentro dos prazos, por exemplo devia-se estabelecer alguns valores indemnizatórios para as situações em que esta não decide dentro do prazo por factos imputáveis a si, estes valores deveriam ser entregues ao cidadão lesado, sem necessidade de intervenção judicial. Ou a semelhança do acto tácito de deferimento, em caso de não haver decisão, ou havendo for proferida fora do prazo, a administração

⁵⁶² João Tiago Silveira, O Deferimento...ob citi...p 280-284.

⁵⁶³ Referindo-se exclusivamente ao Ordenamento jurídico Angolano, Alfredo Longo Sapilinha, O silêncio da Administração Pública, vs dever de decisão e de informação e as funções do deferimento tácito no Direito Administrativo Angolano, dissertação de Mestrado, realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016.

deverá ser obrigada a praticar o acto devido, sem intervenção judicial, aqui ao contrário do acto tácito, não teremos um acto ficcionado, mas um verdadeiro acto praticado, como resultado da sua inércia.

Estas posições serão concretizadas a partir do momento em que a administração por força das várias correntes, conceder um tratamento mais digno ao cidadão, para tal temos de estudar os termos em que a parametrização das relações deverá ser feita.

Não podemos encerrar este parte da nossa monografia sem fazer referência a um factor que modernamente se coloca ao lado dos cidadãos no que ao exercício da actividade administrativa diz respeito, e que o indeferimento tácito viola gravemente pondo em causa os modernos alicerces do Direito Administrativo, o dever de fundamentação.

O deferimento tácito por produzir soluções favoráveis aos interesses e pretensões dos cidadãos, (existirão aqueles que não concordam, os contra-interessados, que por isso estarão interessados na fundamentação) está vinculado a regras de fundamentação e argumentação próprias dos actos administrativos de conteúdo negativo, porquanto estas apresentam-se como via facilitadora para o acesso à justiça⁵⁶⁴. Por isso defende-se que a fundamentação deve obedecer a um conjunto de regras, como forma de esclarecer os destinatários acerca dos contornos seguidos, de modo a convencer-lhes que a decisão tomada é a melhor. A título de exemplo; a decisão deverá ter uma estrutura, com o relatório, a fundamentação a decisão, substancialmente a fundamentação deverá ser clara, suficiente na medida em que se debruçará sobre todas as questões relevantes levantadas no procedimento e que se afigurem importantes para a decisão, deve ser congruente, o caminho seguido durante a fundamentação deve ser compatível com a decisão a que se chegue.⁵⁶⁵

A sanção aplicável à falta de fundamentação deve ser entendida em termos análogos ao dever que impende sobre os órgãos judiciais de fundamentarem as suas decisões. O tratamento análogo permite igualmente que se vá buscar o regime aplicável

⁵⁶⁴ Neste sentido, Miguel Prata Roque, Acto nulo ou anulável? – A jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação – Ac do Tribunal Constitucional nº 594/ de 10.12.2008, Caderno de Justiça Administrativa nº 78 Novembro/Dezembro 2009, p 30.

⁵⁶⁵ José Osvaldo Gomes, Fundamentação do Acto Administrativo, Coimbra editora 1981 p 113 ss.

à ausência de audiência, para nos mesmos termos aplicar à falta de fundamentação⁵⁶⁶, por ambos se configurarem como fundamentais, mesmo que se lhes atribua outro estatuto a verdade é que eles não perdem a sua essencialidade enquanto garantias que devem imperativamente ser respeitadas pela administração.

A demonstração do caminho rumo a decisão, faz-se por via da argumentação, que desde logo garante a sua aceitabilidade através do trabalho feito com as várias premissas, a ideia da transformação de uma mera opinião em algo científico e de referência, que se pode converter em padrão geral, para os próximos casos em que se vai discutir o problema.⁵⁶⁷

O acto tácito negativo priva o cidadão destes dois grandes momentos produzidos pela teoria do direito, enfraquecendo assim as possibilidades de reacção à medida dos factos em questão.

Como já referimos, a moderna administração não encara o interesse público como seu único móbil, prova disso é que ela está aberta à ponderações, neste contexto assume particular relevância o princípio da proporcionalidade, como tal o legislador ordinário está obrigado a realizar os princípios constitucionais, em particular o ora referido⁵⁶⁸. De tal sorte que não podemos olhar de maneira impávida para soluções que flagrantemente põem em causa os princípios da imparcialidade, e da boa administração, por via da consagração do silêncio administrativo, que impede a administração de realizar a devida ponderação própria do procedimento administrativo, pondo em causa a ideia da reserva de ponderação, bem como a de reserva de procedimento (e dentro dele de realizar a instrução de maneira exclusiva) que inibe o legislador de se substituir à administração, ao invés do cenário existente em que o poder legislativo determina os

⁵⁶⁶ Miguel Prata Roque, Acto nulo ou anulável?...ob cit...p 30.

⁵⁶⁷ Miguel Texeira de Sousa, Introdução ao Direito, Almedina 2012, p 435.

⁵⁶⁸ Luís Filipe Colaço Antunes, Para um contencioso administrativo de garantia do cidadão e da administração, Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração tradição e reforma, Almedina 2000 p 60.

casos em que a falta de decisão deve ser entendida com uma aceitação ou negação do pedido⁵⁶⁹.

Parte III.O posicionamento do particular. Um olhar sob as garantias procedimentais. Caminhos para construção de uma Administração paritária.

Na terceira parte do nosso trabalho iremos concentrar as nossas atenções ao cidadão que diariamente interage com a Administração Pública, apresentando pedidos, outras vezes permitindo que os actos praticados produzam os seus efeitos traduzidos na imposição de sacrifícios, ou na prestação serviços. Infelizmente em Angola por força do regime jurídico mediador dessa relação e da cultura assimilada, consolidou-se a ideia segundo a qual, a administração presta favores ao cidadão, pelo que ele tem de sujeitar-se à todas as orientações dela emanadas, muitas das quais sem nenhum alinhamento com o Direito. Os cidadãos cientes de que as coisas devem ser assim não reagem diante das ilegalidades diárias. Deste modo, precisamos de discutir o verdadeiro papel do cidadão na sua relação com a administração, lançando bases para que se melhore antes o regime jurídico, e em consequência as relações entre ambos.

Ao nível das relações jurídico-tributárias, o legislador empreendeu reformas⁵⁷⁰, que culminaram com uma maior subjectivação do procedimento tributário, trazendo o equilíbrio desejado nas relações entre contribuinte e Administração tributária.

Não podemos esquecer que o Direito Tributário⁵⁷¹ é uma ramificação do Direito Administrativo, pelo que neste sentido, a subjectivação referida representa um avanço no tratamento destas matérias, portanto um ganho para o Direito Administrativo, enquanto direito “mãe”, que como se sabe alegra-se ao ver a evolução do seu filho, mas

⁵⁶⁹ Luís Filipe Colaço Antunes, Para um contencioso administrativo de garantia do cidadão e da administração, Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração tradição e reforma, Almedina 2000 p 60-61.

⁵⁷⁰ Sobre as garantias administrativas tributárias no anterior regime, em que se exigia a precedência obrigatória, Carlos Feijó, Caracterização geral da Justiça Tributária, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíadas de Angola, 2005 p 24-28.

⁵⁷¹ Sobre o Direito Tributário e seus contornos, inclusive a sua dimensão procedimental, Joaquim Freitas da Rocha, Lições de Procedimento e Processo Tributário, 4ª edição Coimbra editora, 2011, p 11ss.

que nunca se deve esquecer dela mesma, pois a alegria dos filhos apenas faz sentido quando a progenitora está bem. Deste modo a evolução acima referida, passará a fazer mais sentido se abranger igualmente o sistema administrativo, porquanto este serve de base para a resolução de alguns problemas vividos no âmbito específico do Direito Tributário.

O legislador atingiu o cume no tratamento das garantias dos cidadãos perante a administração tributária, ao consagrar no artigo 23º do Código Geral Tributário, o direito de resistência contra o pagamento de impostos cuja criação não tenha obedecido o processo constitucional e legalmente estipulado⁵⁷². Para além disso, são consagrados vários direitos, desde a proibição da dupla tributação jurídica, direito à fundamentação e notificação da liquidação, direito de audição antes da decisão final do procedimento, direito a prestação de informações, direito à informação vinculativa⁵⁷³, que obriga a administração a manter os termos e condições do que foi passado ao cidadão sobre uma questão tributária, de modo garantir a sua segurança jurídica.

Uma nota de realce tem que ver com a consagração da lesividade (nº1 do artigo 5º do CGT) como critério para impugnação judicial dos actos em matéria tributária, transformando as garantias administrativas, reclamação e recurso hierárquico, em facultativas.

Para além desta dimensão subjectiva, a legislação em causa, admite uma perspectiva objectiva ao permitir que alguns actos sejam impugnados mesmo sem lesarem direitos, tendo como referência a violação da Constituição da República de Angola, tal conclusão resulta do disposto na al f) do artigo 14º do Diploma referido.⁵⁷⁴

Ainda assim nem tudo é perfeito neste domínio, porquanto em relação aos actos internos, e actos confirmativos, continuamos insistentemente a acreditar que não ferem direitos e interesses legalmente estabelecidos, pelo que não são recorríveis. O mesmo tratamento concedeu-se aos actos preparatórios, cuja impugnação não deve ser feita de forma autónoma, estando necessariamente colada à decisão e nesta o cidadão

⁵⁷² Jónatas Machado, Paulo Nogueira da Costa e Osvaldo Lemos Macaia, *Direito Fiscal Angolano*, 2ª edição, Petrony, 2017, p 209.

⁵⁷³ Sobre a informação vinculativa em *Direito Fiscal*, João Taborda Gama, *Promessa...ob cit...* p 215 ss.

⁵⁷⁴ Cremildo Félix Paca, *Justiça Administrativa Fiscal e Aduaneira*, Luanda 2017, p 245.

poderá levantar aspectos relativos aos actos preparatórios.⁵⁷⁵ Continuamos a esquecer que existem determinados actos preparatórios e até mesmo internos que causam prejuízos irreperáveis aos cidadãos, cuja demora na espera em obter uma decisão final como pressuposto para impugnação, ajuda a piorar.

Feita esta pequena resenha, cabe agora tratarmos das questões referentes ao posicionamento do cidadão nas relações que estabelece com a administração, onde questiona-se, quem é o cidadão e que elementos fazem com que a sua classificação como tal seja a mais acertada e adequada ao contexto em que ele se insere.

1. Particular ou Administrado. Entre a passividade e dinâmica.

Alguma literatura jurídica utiliza a expressão administrado quando se quer referir ao cidadão ou particular que diariamente lida com a Administração Pública, fundamentalmente por influência do clássico Direito Administrativo francês⁵⁷⁶, que por ser de natureza exageradamente objectivista, focado na legalidade dos actos e no interesse público, não via nos cidadãos um obstáculo para esta actuação, pois na altura pensava-se que eles eram apenas “objectos” que beneficiavam dos serviços prestados pela administração, e que quando fosse necessário, a administração sacrificava-os em nome da prossecução de uma finalidade maior, ou seja; não havia vida na gestão dos assuntos públicos que não fosse à dos funcionários públicos, pois os outros (cidadãos) eram meros instrumentos/objectos de gestão.

Ora não nos é permitido optar por um outro caminho que não seja o de colocar o cidadão no seu verdadeiro patamar, porquanto estamos impositivamente condicionados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pela ideia da consagração de direitos fundamentais e acima de tudo, pelo princípio do Estado

⁵⁷⁵ Cremildo Félix Paca, *Justiça...ob cti...* p 246.

⁵⁷⁶ Em relação ao Contencioso Administrativo, Vasco Pereira da Silva, *Para um Contencioso Administrativo dos particulares, Esboço de uma teoria subjectiva do recurso directo de anulação*, Almedina Coimbra 1997, p 67 ss.

democrático e de direito. Já aqui falamos do princípio da dignidade da pessoa humana, e sobre a consagração de direitos fundamentais iremos falar no tópico a seguir.

Resta-nos o princípio do Estado de direito, aqui acentuaremos acima de tudo a dimensão democrática, na medida que esta permite, compreender o papel do cidadão/particular/ administrado, pois se reconhece neles poderes para gerir os seus assuntos, e que apenas na impossibilidade de o fazerem deverão transferi-lo para outras entidades. O cidadão deve ser entendido como o gestor maior, que em algumas circunstâncias mandata outrem para gerir em seu nome, da mesma forma ele é o fiscal que vai garantir que esta gestão seja fiel aos seus mais nobres propósitos, que estão na base do mandato que ele conferiu.

Começa-se por reconhecer nele um papel interactivo e não apenas passivo de mero “consumidor”, mesmo quando as acções sejam desenvolvidas em seu benefício ele terá um papel interventivo, extremamente forte, por outro lado, a actuação da administração deverá ser diariamente fiscalizada de modo a avaliar se ela está alinhada ao interesse público. Este e outros papéis só serão exequíveis se ao cidadão for dado outro estatuto. Ele detem por isso legitimidade de intervir com meios jurídicos para garantir uma actuação da administração que esteja fora do exigível, se encaixe e se realinhe, contribuindo para a erradicação da ideia da sua passividade ante a gestão administrativa.

Portanto, a via democrática permite-nos encarar o cidadão com outra perspectiva, na medida em que o converte no seu principal agente, um ente cada vez mais interventivo, quando se quer reflectir sobre a gestão de assuntos públicos, de tal sorte que ele não pode ser visto como um objecto, mas sim sujeito, com vários poderes ou faculdades legitimamente exercidas e que se multiplicam quanto mais complexo for o processo de toma de decisão.

Se olharmos por exemplo para o campo da execução das políticas públicas, enquanto aspecto intrinsecamente ligado à gestão administrativa, nota-se desde logo o papel interventivo do cidadão, porquanto a sua concepção e execução é feita por via do contacto directo com os indivíduos e como resultado, os órgãos públicos estão diariamente sujeitos às suas pressões. Não se podia neste domínio imaginar um outro

cenário na medida em que, a intervenção dos cidadãos de forma activa e concreta, constitui um dos contributos mais significativos do estudo das políticas públicas, numa ordem que alguns entendem como sendo piramidal e que inclui, os grupos de interesse, os serviços burocráticos e administrativos, e as comissões parlamentares.⁵⁷⁷

Prova disso é que as modernas constituições cederam e reconheceram ao cidadão o direito de apresentar e defender as suas ideias contrárias ou não à concepção e execução dos assuntos públicos, por via do direito de reunião e manifestação em que se tratam de assuntos públicos relativos à vida em comunidade.⁵⁷⁸

Por via da liberdade de manifestação, os cidadãos exercitam a consciência, contribuindo para sua emancipação no quadro da própria sociedade, que se quer cada vez mais plural e equilibrada. Não havendo distinção entre os cidadãos, onde até os mais desprotegidos podem manifestar as suas opiniões e serem ouvidos por quem gere, estando directamente ligados ao processo de formação da decisão política.⁵⁷⁹

Um outro exemplo que evidencia o lado activo do cidadão suficientemente forte ao ponto de afastar o conceito de administrado, tem a ver com o direito de petição que visa sobretudo garantir a defesa de outros direitos fundamentais do cidadão⁵⁸⁰, que diante dos vários assuntos pretende que se tome uma decisão que lhe seja favorável. Portanto o moderno cidadão influencia na decisão a tomar pela administração. Ora, os exemplos acima apresentados não se coadunam com a expressão administrados porquanto não evidencia a dimensão dinâmica do cidadão, pode ser fonte dos mais variados equívocos, suficientes para relegar cada vez mais os cidadãos à uma posição subalterna quando estiver a relacionar-se com os órgãos administrativos.

⁵⁷⁷ Gianfranco Pasquino, Curso de Ciência Política, 2ª edição revista e actualizada, Principia 2010 p 290-295.

⁵⁷⁸ António Francisco de Sousa, Direito de reunião e de manifestação, Quid iuris 2009 p 15.

⁵⁷⁹ António Francisco de Sousa, Direito...ob cit...p 33-34.

⁵⁸⁰ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional Tomo VII, Estrutura constitucional da Democracia, Coimbra editora, 2007 p 111.

Diante das alternativas nominais, particular⁵⁸¹/cidadão preferimos a segunda⁵⁸² na medida em que a primeira é menos inclusiva e evidencia uma perspetiva egoísta dos interesses, dando a entender que o indivíduo está aí apenas para satisfazer as suas intenções por via do contacto com a administração, deixando de lado a ideia comunitária, presente em todos os actos por mais pessoais que sejam, pois os seus reflexos acabam por influenciar directa ou indirectamente a vida em comunidade, na medida em que mudarão a vida de um ou outro cidadão. Quando se concede uma licença para exploração de um estabelecimento comercial⁵⁸³, apesar de ser um procedimento despoletado por um cidadão em atenção aos seus objectivos, a verdade é que a concessão da licença solicitada, influenciará directamente a vida dos futuros clientes, por isso a administração deverá preocupar-se com a qualidade do serviço prestado. Como resultado, a melhor alternativa, fundamentalmente porque estamos a discutir assuntos colectivos de uma vida em comunidade onde todos são “irmãos”, é a expressão cidadão, pois encerra em si todos os aspectos da vida em comunidade, os reflexos dos actos dos indivíduos para a sociedade, e acima de tudo espelha a ideia de inclusão de alguém que está comprometido com o interesse da comunidade, porque sabe que ele é beneficiário dos vários esforços que a administração empreende, exercendo a colectividade um papel determinante para a concretização daqueles. O sentido que se elegeu aqui baseia-se apenas em critérios administrativos que têm no centro, a satisfação das necessidades colectivas, sem se ater a outros domínios como por exemplo a cidadania ligada à perspectiva constitucional. A satisfação das necessidades não pode distinguir os indivíduos em função da sua nacionalidade.

Por isso hoje se discute a ideia da democracia administrativa, para referir-se ao espaço de actuação conjunta entre administração e os cidadãos titulares de direitos autonomamente evidenciáveis no contexto da gestão administrativa,⁵⁸⁴ que deve

⁵⁸¹ Sobre o conceito de particular em especial o que exerce funções públicas, João Miranda, A função Pública Urbanística e o seu exercício por particulares, Coimbra editora 2012 p 269-274.

⁵⁸² Posição diferente apresenta Marcy Lopes, O Princípio da tutela jurisdicional efectiva no Contencioso Administrativo de mera legalidade, o caso angolano, nota de rodapé nº 132, Estudos de Direito Público, Coimbra 2011 p 59.

⁵⁸³ Que pratica preços razoavelmente acessíveis, o que pode influenciar no poder de compra dos cidadãos, contribuindo assim para a garantia do bem-estar da população.

⁵⁸⁴ Odete Meduar, Administração pública ainda sem democracia. Problemas Brasileiros, São Paulo, a. 23, n. 256, p. 37-53., mar./abr. 1986, p 38.

necessariamente assentar em determinados aspectos; (i) à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, (ii) ao decréscimo da discricionariedade, (iii) atenuação da unilateralidade na formação dos actos administrativos e (iv) às práticas contratuais baseadas no consenso⁵⁸⁵, negociação e conciliação de interesses⁵⁸⁶.

A democracia impõe-se no exercício da actividade administrativa sob diversas formas e meios, assim destaca-se neste sentido – e porque relacionado ao tema central da monografia- o domínio procedimental que surge em resposta aos seus desígnios e no âmbito destes justifica-se a actuação com base nos princípios da eficiência e da racionalidade, cuja inobservância põe em causa a concretização da vontade política legitimamente formada, consequentemente a própria democracia.⁵⁸⁷

Neste sentido a após várias discussões doutrinárias a respeito do assunto, hoje não restam dúvidas acerca da existência de direitos subjectivos públicos⁵⁸⁸, enquanto categoria subjectiva suprema, que aglutinam os interesses legítimos dos cidadãos, porquanto todos eles estão ao seu serviço e o legitimam a exigir da administração determinado comportamento⁵⁸⁹ e que vai garantir a satisfação das suas necessidades.⁵⁹⁰

Portanto, estes direitos impõem-se à administração, limitando inclusive o seu poder de polícia, que por força do peso dos direitos dos cidadãos, passa a ser uma actividade de aproximação de interesses entre a administração e os cidadãos, como resultado, será ela a primeira guardiã dos cidadãos com uma actuação agora devidamente alinhavada aos princípios da democracia.⁵⁹¹

⁵⁸⁵ Neste sentido, a figura da Associação da Administração com os proprietários, Fernando Alves Correia, O Plano...ob cit...p625ss.

⁵⁸⁶ Odete Meduar, O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p 230.

⁵⁸⁷ Cândido de Oliveira, Democracia e Administração Pública, Scientia Iuridica – T XLVI 1992 nº 265/267, p 30.

⁵⁸⁸ Sobre as várias teorias a respeito dos direitos subjectivos públicos e direitos e interesses legítimos, Vasco Pereira da Silva, Para...ob cit...p 84 ss.

⁵⁸⁹ Neste sentido e sobre a participação, Luís Filipe Colaço Antnes, O Procedimento...ob cit...p 699.

⁵⁹⁰ Alexandra Leitão, A Protecção Judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública, Almedina 2001p 74.

⁵⁹¹ Juarez Freitas, O poder de polícia Administrativa e o primado dos direitos fundamentais no sistema brasileiro, Scientia Iuridica- Tomo LIV, 2005 nº 301, p 26.

Os direitos subjectivos públicos foram evoluindo e muitos deles receberam o devido tratamento constitucional, gerando para a administração obrigações de natureza prestacional.⁵⁹²

São por exemplo estes direitos que justificam e fundamentam o acesso ao procedimento, no âmbito do qual o cidadão exerce determinados poderes. Por via destes poderes materializados através da sua intervenção no procedimento os cidadãos controlam o exercício da actividade administrativa⁵⁹³.

Nestes e demais termos fica claro que a expressão administrado não traduz fielmente natureza dos poderes que o cidadão tem em face da sua relação com a Administração Pública, em função do contexto ela se apresenta como mero “artifício semântico”⁵⁹⁴, que efectivamente não deve ser levado aos extremos ao ponto de deixarmos de lado o papel heterogéneo, no que aos direitos e deveres se diz respeito, que o cidadão exerce no âmbito das suas relações diárias com a Administração Pública.⁵⁹⁵

Enfim, o estatuto do cidadão em face ao novo quadro jurídico-administrativo deve ser entendido em parte com o sentido de oposição, que alguns dos seus direitos ajudam a materializar nomeadamente, os direitos de informação procedimental, o direito a tutela contenciosa, e o direito de acesso à justiça administrativa⁵⁹⁶.

2. Os Direitos fundamentais dos particulares consagrados na CRA.

A ideia que vimos defendendo, assenta sobretudo no tratamento constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos e consequentemente no estatuto que a Carta Magna confere àqueles. Em 2010 foi aprovada a nova Constituição da República de

⁵⁹² Luís Filipe Colaço Antunes, A tutela...ob cit...p 92.

⁵⁹³ Luís Filipe Colaço Antunes, A tutela... ob cit...p 90.

⁵⁹⁴ Mário Aroso de Almeida, Os Direitos fundamentais dos administrados após revisão constitucional de 1989, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume VI, 1992, p 288.

⁵⁹⁵ Mario Aroso, Direitos...ob cit...p 288.

⁵⁹⁶ Mario Aroso, Direitos...ob cti...p 290.

Angola, que consagrou novidades ao nível dos direitos fundamentais, deste modo no item que se segue, iremos analisar se as novidades contribuem e até que ponto, para a plena subjectivação das relações entre administração e cidadãos.

“Em matéria de direitos fundamentais, a Constituição da República de Angola de 2010 insere-se plenamente no marco do Estado constitucional ocidental seguindo a matriz dos grandes textos e recebendo e ampliando o legado que recebeu da Lei Constitucional de 1992 As provas de que assim é são inúmeras”⁵⁹⁷:

- (i) Desde logo, o lugar e o papel destacados que no texto da Constituição são reconhecidos ao princípio da dignidade da pessoa humana [preâmbulo e artigos 1.º, 7.º, 31.º, n.º 2, 32.º, n.º 2, 36.º, n.º 3, 89.º, n.º 1, 223.º, n.º 2, 236.º, alínea a)];
- (ii) (ii) Em segundo lugar, a precedência da dignidade da pessoa humana sobre a vontade popular (artigo 1.º), a precedência da pessoa sobre o Estado, a precedência dos direitos fundamentais sobre a organização dos poderes do Estado, a precedência dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais sobre a organização económica (sistemática dos títulos II, III e IV da Constituição)

Em relação aos mecanismos de protecção dos direitos fundamentais este autor começa por esclarecer que, “numa sistematização muito geral, esses mecanismos podem ser internos ou internacionais; por sua vez, os mecanismos internos podem ser (i) remédios especialmente dirigidos contra violações de direitos fundamentais, (ii) mecanismos gerais de protecção e (iii) mecanismos específicos para a protecção de um determinado direito fundamental. Fazem parte dos mecanismos internos segundo este autor, o Recurso extraordinário de Inconstitucionalidade, consagrado nos artigos 49º e seguintes da Lei do Processo Constitucional, destaca também a existência de mecanismos gerais, mecanismos gerais, são eles os meios de protecção do contencioso administrativo e os meios de protecção subjacentes à fiscalização da constitucionalidade de normas: (i) o contencioso administrativo tem a sua regulação definida na Lei n.º 2/94,

⁵⁹⁷ José Melo Alexandrino Texto da palestra proferida na “Conferência Alusiva ao 2.º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola”, organizada pelo Tribunal Constitucional de Angola e pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 5 de Agosto de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, texto que seguimos de perto.

de 14 de Janeiro, e no Decreto-Lei n.º 4-A/96, de 5 de Abril permitindo obter uma tutela considerada relativamente limitada (e, em diversos aspectos, até suspeita de inconstitucionalidade); em todo o caso, os actos administrativos definitivos e executórios feridos de ilegalidade por lesão de direitos fundamentais podem ser impugnados ao abrigo dessa legislação; (ii) quanto aos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade de normas, uma vez exceptuada a fiscalização preventiva, todas as demais modalidades de fiscalização apresentam virtualidades na tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos. Além desses dois mecanismos gerais, o Direito angolano conhece ainda alguns meios processuais próprios (remédios) especificamente dirigidos à tutela de determinados direitos fundamentais: o habeas corpus (relativamente ao direito à liberdade física e à segurança pessoal), o habeas data (relativamente às garantias em matéria de tratamento de dados pessoais) e também mecanismos em sede de contencioso eleitoral e dos partidos políticos (relativamente a um conjunto de direitos de participação política). Em relação aos mecanismos internacionais. Tendo Angola ratificado a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, instrumento que dispõe desde 2006 da assistência de um tribunal (o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos), dispõem ainda os cidadãos, e naturalmente também os estrangeiros, desse importante nível suplementar de protecção. Uma pessoa sob a jurisdição do Estado angolano que alegue a violação de um dos direitos protegidos na Carta Africana (ou em outros tratados de direitos humanos), pode, uma vez esgotados os recursos internos, apresentar uma queixa ao Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, caso o Estado angolano tenha expressamente admitido a possibilidade da queixa individual. Na hipótese de essa declaração não ter sido feita, o interessado poderá sempre apresentar uma comunicação à Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos, com base na referida violação. E tendo em conta o sistema de direitos fundamentais consagrados na Constituição da República de Angola, e a tutela que através dele se confere aos cidadãos”.

Já aqui fizemos referência às outras novidades particularmente no domínio da distinção entre direitos liberdades e garantias e direitos económicos e sociais, e o seu

regime jurídico, particularmente a exigência de aplicação imediata⁵⁹⁸ com particular incidência para actividade administrativa.

Não pode haver distinção⁵⁹⁹ no que ao tratamento se diz respeito, entre direitos liberdades e garantias e direitos económicos sociais e culturais, pelo menos naquilo que eles têm de comum⁶⁰⁰, fazendo sentido o tratamento diferenciado em aspectos que os

⁵⁹⁸ “Como primeira ideia, a aplicabilidade directa significa que as normas de direitos, liberdades e garantias (ou seja, as normas enunciadas nos artigos 30.º a 75.º da CRA) vinculam juridicamente o Estado (tanto o legislador e o juiz como o poder executivo) podendo ser invocadas directamente pelos cidadãos contra o Estado. Uma segunda ideia é esta: se houver uma lei reguladora de um determinado direito, liberdade e garantia (como a lei de imprensa, a lei reguladora do direito de reunião, a lei eleitoral, a lei do contencioso administrativo ou qualquer outra) e se a lei ofender esse direito, da aplicabilidade directa decorre aquilo que podemos designar como um triplo efeito: (i) Essa lei não pode ser aplicada pelo juiz e pelo tribunal na parte em que ofenda o direito, liberdade e garantia; (ii) Abre-se a possibilidade de anulação da própria lei pelo Tribunal Constitucional; (iii) Todos os poderes do Estado, mas muito em particular os tribunais, têm o dever de aplicar essa lei em conformidade com os direitos, liberdades e garantias (ou seja, devem afastar as interpretações da lei que se mostrem contrárias à Constituição, escolhendo aquela interpretação que não ponha em causa a norma constitucional) Tendo em conta a competência que a Constituição reconhece aos tribunais de exame e de fiscalização (controlo) da constitucionalidade, a aplicabilidade directa significa que eles podem então, se for esse o caso, aplicar a Constituição directamente (contra a lei, em vez da lei ou só na parte em que a lei não ofender a Constituição). De facto, embora os tribunais devam obediência à lei (artigo 174.º, n.º 1, da CRA) e vigore além disso uma presunção de constitucionalidade das leis, se um juiz concluir que uma determinada lei ofende normas de direitos, liberdades e garantias, a aplicabilidade directa fornece uma indicação clara de que nesse caso a vinculação à Constituição deve prevalecer sobre a vinculação à lei, impondo-se portanto a não aplicação da lei (desaplicação)”. José Melo Alexandrino, Texto da palestra proferida na “Conferência Alusiva ao 2.º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola”, organizada pelo Tribunal Constitucional de Angola e pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 5 de Agosto de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda p 6ss.

⁵⁹⁹ “Os direitos fundamentais só podem cumprir politicamente a promessa moral de respeitar a dignidade humana de todas as pessoas se agirem em articulação uns com os outros de forma igual, em todas as suas categorias. Os direitos liberais relacionados com as liberdades, que se cristalizam em torno da integridade e da livre circulação de pessoas, do funcionamento livre do mercado e da liberdade de culto e servem para impedir intervenções do Estado na esfera privada, constituem, juntamente com os direitos democráticos à participação, o pacote dos chamados direitos fundamentais clássicos. Mas, na realidade, os cidadãos só podem usar estes direitos em pé de igualdade se, simultaneamente, lhes for garantida uma independência suficiente na sua existência privada e económica se puderem tanto constituir como estabilizar a sua identidade no ambiente cultural que cada deles deseja. As experiências de exclusão, miséria e discriminação ensinam-nos que os chamados direitos fundamentais clássicos só adquirem «valor igual» para todos os cidadãos quando acompanhados por direitos sociais e culturais. O Direito de participar adequadamente no bem-estar e na cultura restringe fortemente a transferência de custos e riscos causados sistematicamente para destinos individuais. Este direito opõe-se ao crescimento das desigualdades sociais e à exclusão de grupos inteiros da circulação global de cultura e sociedade. A dignidade humana, que é mesma em todo lado e para todos, justifica a indivisibilidade dos direitos fundamentais”. Jurgen Habermas, Um ensaio sobre a Constituição da Europa, edições 70 2012, p 35-36.

⁶⁰⁰ “Os critérios só serão admissíveis como fundamento de distinção quando considerámos os direitos fundamentais em abstracto e naquela que é a sua dimensão tida como principal, ou seja, dimensão de prestação fáctica nos direitos sociais⁶⁰⁰ e dimensão de defesa nos direitos de liberdade. O alcance da distinção perde interesse quando sabemos que, na vida prática, aquilo que nos surge e temos de resolver nunca é o direito como um todo, em abstracto, mas antes uma dimensão ou faculdade particular, concreta, pontual, que pode apresentar as mais diferentes características estruturais quer esteja integrada num direito de liberdade ou num direito social”. Jorge Reis Novais Direitos Sociais... p 343.

separam⁶⁰¹. A prática vai mostrando que os direitos fundamentais vão assumindo características uns dos outros de modo recíproco⁶⁰², neste sentido a socialidade se vai assumindo como características de determinados direitos liberdades e garantias, e a autonomia passou a fazer parte do leque dos direitos económicos sociais e culturais, a autonomia individual passou a se colocar como pressuposto para a realização dos direitos económicos sociais e culturais.⁶⁰³ Parece que o legislador ordinário captou esta ideia e em determinados regimes garantísticos, não faz a distinção entre as duas classes de direitos fundamentais dando corpo ao que temos vindo a defender. Veja-se por exemplo ao nível do Decreto-lei 16-A/95, que considera nulos os actos administrativos que violem o conteúdo essencial de um direito fundamental⁶⁰⁴, o entendimento é que pode ser qualquer direito fundamental e outros direitos análogos. Igualmente ao nível da

⁶⁰¹ O legislador constitucional levou tão a sério a questão dos Direitos fundamentais, que os consagrou como tarefas fundamentais do Estado; artigo 21º alínea b) assegurar os Direitos liberdades e garantias fundamentais. c) Criar progressivamente as condições necessárias para tornar efectivos os Direitos económicos sociais e culturais.

⁶⁰² “Os direitos de liberdade e os direitos sociais são ambos direitos fundamentais – quanto, sobretudo, de uma diferente estrutura e projecção dos mesmos na ordem jurídico-constitucional. Essa diferenciação de estrutura e de projecção das normas no ordenamento constitucional surge essencialmente como um problema de interpretação constitucional”. Cristina Queiroz *Direitos fundamentais sociais, funções âmbito conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra editora 2006 p 7.

⁶⁰³ Cristina Queiroz *Direitos Fundamentais teoria geral*, Coimbra editora 2002 p 33.

⁶⁰⁴ “Porém a jurisprudência a e doutrina têm-se conforntado com a necessidade de interpretação do conceito do conteúdo essencial de um direito fundamental, entendido enquanto vício do acto administrativo gerador de nulidade. Procurando minorar a amplitude sa sua redacção literal, houve quem propusesse a redução do conceito “direito fundamental” à noção de direito liberdade e garantia ou quanto muito de direito análogo, àqueloutros. Tal entendimentos foi avidamente, seguido pela jurisprudência administrativa. Por detrás desta (quase) unanimidade repousam vários objectivos entre os quais se podem apontar: i defesa do interesse público; ii garantia da estabilidade das relações jurídico-administrativas, iii diminuição da pendência nos tribunais administrativos, iv prevenção jurídica do risco de incerteza jurídica. Por outro lado, a interpretação restritiva da alínea d) do nº 2 do artigo 133º do CPA visa impedir que uma concepção ampla de direito fundamental prejudicasse o interesse público, permitindo aos administrados a invocação de direitos subjectivos não expressamente tipificados no texto constitucional, em vista à recurso de cumprimento de actos administrativos. Por último, esta orientação interpretativa logra igualmente prevenir os riscos da divergência jurisprudencial a propósito da fixação do conteúdo essencial de qualquer direito tido como fundamental. Dito de outro modo, os tribunais administrativos ficam assim dispensados de destrinçar “conteúdo essencial” de “conteúdo meramente acessório” de cada” direito fundamental” limitando-se a fazê-lo em relação a uma sub-categoria bem mais reduzida, ou seja, aquela que engloba os “direitos, liberdades e garantias” e os “direitos análogos” àqueles. Entendo, contudo, que uma interpretação redutora da al d) nº 2 do artigo 133º do CPA, que pretende aprisionar o coceito de “direito fundamental” a dois subtidos daqueloutro – v.g. “direitos liberdades e garantias” e “direitos análogos” – constitui uma operação hermenêutica poribida pela lei (artigo 9º nº 2 do Código Civil) na medida em que contraria o limite inultrapassável imposto pela letra do preceito legal. Tratar-se-ia, assim, de uma verdadeira interpretação correctiva e nem sequer de uma qualquer mera redução teleológica”. Miguel Prata Roque, *Acto nulo ou anulável? – A jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação* – Ac do Tribunal Constitucional nº 594/ de 10.12.2008, Caderno de Justiça Administrativa nº 78 Novembro/Dezembro 2009, p 23-24.

jurisdição constitucional, a protecção realizada pelo recurso extraordinário de inconstitucionalidade, abrange qualquer tipo de direito fundamental. Em síntese a tutela jurisdicional efectiva não condiciona a sua aplicação, à natureza do direito a proteger.

Por outro lado, temos consagrada a nossa Constituição Administrativa, donde destacam-se os princípios, a norma sobre a tutela jurisdicional efectiva, aspectos que se apresentam como verdadeiras garantias dos cidadãos no seu relacionamento com a Administração. O nº 2 do artigo 198º da CRA, consagra uma limitação à realização do interesse público, o respeito dos direitos fundamentais, o artigo 200º consagra os direitos a audição, informação, notificação e o acesso aos arquivos. Assim, está o legislador vinculado a consagrar ordinariamente normas que se ajustem ao conteúdo das normas acima referidas, como forma de dar corpo a intenção do legislador constitucional, de subjectivar o relacionamento entre a administração e os cidadãos, primariamente consagrada na ideia de limitação da actuação da administração através da imposição de direitos fundamentais que irradiam os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.

3. Efectividade das garantias dos particulares no procedimento Administrativo.

Neste tópico pretendemos trazer algumas reflexões sobre as duas mais importantes garantias administrativas de natureza impugnatória⁶⁰⁵, a reclamação e o recurso hierárquico, porquanto são as que melhor evidenciam os aspectos subjectivos da relação cidadão e administração e porque são as que estão em melhores condições

⁶⁰⁵ Sobre as garantias administrativas, Diogo Freitas do Amaral Curso de Direito Administrativo, vol II, Almedina 2ª edição 2012, p 753 ss. Ricardo Azevedo Saldanha, Introdução ao Procedimento Administrativo comum, Coimbra editora 2013, p 229 ss. Isabel Celeste Fonseca e Osvaldo da Gama Afonso, Direito Processual Administrativo Angolano, Almedina 2013, p 13 ss. José Fontes, Curso sobre o Código do Procedimento Administrativo, 4ª edição revista e actualizada, Coimbra editora 2012, p 115 ss. Carlos Teixeira, Direito Administrativo, in Direito de Angola, Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda 2014 p 41 ss. Carlos Teixeira Manual de Direito Administrativo, Mayamba 20015 p 241 ss. Cremildo Paca, Direito do Contencioso Administrativo Angolano, Almedina 2008 p 19 ss. João Caupers, Introdução ao Direito Administrativo 10ª edição, Âncora 2009, p 375 ss. Carlos Feijó e Lazarino Poulson, A Justiça Administrativa Angolana, lições, Casa das Ideias, 2011, p 13 ss.

de produzir mudanças ao nível do ordenamento jurídico capazes de sustentar a tese por nós apregoada desde o princípio.

Hodiernamente têm sido colocadas várias objecções à real efectividade das garantias administrativas, na medida em que elas nem sempre realizam as pretensões dos cidadãos, mesmo quando os elementos objectivos e essenciais para a resolução do problema estão do seu lado. Para isso contribuem vários factores, desde logo porque em regra, o órgão administrativo não revê a sua decisão⁶⁰⁶, julgamos que esta situação se deve ao facto de a administração não pretender passar uma imagem de fragilidade e desconhecimento dos seus instrumentos de trabalho. Por outro lado, nem sempre os superiores hierárquicos, corrigem as decisões tomadas pelos seus subalternos, na medida em que entre eles impera a clássica solidariedade institucional, uma espécie de corporativismo.

Como resultado, os cidadãos desacreditam nestes meios e preferem com alguma razão, olhar para o acesso ao contencioso administrativo, pois no tribunal a entidade que analisa o pedido é imparcial não é parte interessada nestes termos, a sua decisão reflecte mais justiça relativamente àquela que foi proferida pela administração pública.

Os funcionários públicos estão inarredavelmente vinculados a prosseguir o interesse público, daí que as suas decisões tenham de reflectir esta ligação, por isso é difícil fazer com que o agente se desprenda desta sujeição e olhe de forma mais equilibrada para os problemas que diariamente são apresentados pelos cidadãos. Uma via para garantir algum equilíbrio e insenção na apreciação dos factos administrativos, é a que estabelece a criação de fiscais da legalidade ao nível da administração pública angolana, entidades que ligadas à administração independente terão a missão de fiscalizar os actos praticados pelos órgãos administrativos, revogando-os desde que desajustados aos canones jurídicos, ordenando a suspensão de determinados actos com base na sua ilegalidade, ou seja, estamos a propor a institucionalização de uma entidade sem poderes “decorativos”. Esse órgão com representação nos vários serviços, teria a missão de acompanhar todos os procedimentos administrativos, apontando as ilegalidades ou irregularidades que forem da sua competência, por se integrarem no seu âmbito de actuação. Assim, ele acompanharia o processo de tomada de decisão e uma

⁶⁰⁶ Revisão provocada pela impugnação por via de uma reclamação.

vez concretizada, teria o poder para expurgar esta decisão do ordenamento jurídico, caso fosse exigido pelos elementos em sua posse. Temos de criar ao nível da nossa administração algum equilíbrio, porquanto ela está essencialmente virada para o interesse público e muitas vezes prossegue-o de maneira “cega” e em desrespeito total aos direitos dos cidadãos.

Enquanto órgão inserido na administração independente, iria prosseguir objectivos ligados à garantia do Direito, promoção da segurança jurídica e a confiança dos cidadãos, para tal será necessário que esta entidade actue com a neutralidade exigida pela natureza dos assuntos a decidir, deixando de lado os dogmas das maiorias que muitas vezes acobertados por interesses obscuros, apregoam-na com fundamento na democracia.⁶⁰⁷ Na senda do que existe nos EUA em que o Direito Administrativo é totalmente virado ao estudo da criação, organização e funcionamento das agências reguladoras⁶⁰⁸, podemos adoptar o modelo próprio das agências que têm como objectivo regular os conflitos entre os cidadãos e a administração⁶⁰⁹ com amplos poderes sancionatórios⁶¹⁰, que visam sobretudo garantir a juridicidade da actividade incluindo nela o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

Um velho problema relacionado à reclamação, que pode pôr em causa a sua efectividade, e que ao mesmo tempo revela as condições em que a nossa legislação sobre o procedimento foi criada, tem a ver com a existência de dois prazos para sua utilização em face de um acto administrativo ilegal, o nº 1 do artigo 13º da Lei 2/94, sobre a impugnação dos actos administrativos, consagra o prazo de 30 dias ao passo que o artigo 104º do Decreto prevê um prazo de 15 dias. Ora esta questão é relativamente simples, porquanto podemos optar pelo prazo que confere maior garantia aos cidadãos, no caso 30 dias⁶¹¹. Se olharmos para as duas normas, poderemos facilmente notar que os três critérios classicamente usados para resolver conflitos normativos não resolverão de forma satisfatória este impasse. A posição adoptada para justificar a aplicação da Lei

⁶⁰⁷ José Lucas Cardoso, *Autoridades Administrativas independentes e Constituição*, Coimbra editora, 2002 p 413-414.

⁶⁰⁸ Leila Cuéllar, *O poder normativo das agências reguladoras norte-americanas*, Estudos de regulação Pública – I, Coimbra editora, 2004, p 593.

⁶⁰⁹ Leila Cuéllar, *O poder...ob cit...p 597*.

⁶¹⁰ Sobre as modalidades de sanções administrativas, Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa geral: Anatomia e a autonomia*, Almedina 2005, p 51 ss.

⁶¹¹ Neste sentido, Cremildo Paca, *Direito...ob cit...p 28*.

2/94, pode ser reforçada, na medida em que a grande questão que se coloca, tem a ver com o conflito entre o critério cronológico (o Decreto é posterior à Lei) e o critério da especialidade (o Decreto consagra normas gerais e a Lei normas especiais em relação à matéria), resolvido por via da cedência do critério cronológico face ao critério da especialidade,⁶¹². Mesmo que o Decreto seja posterior ele não regula de modo minucioso o assunto em questão, de tal sorte que a segurança jurídica enquanto pilar do moderno Direito ainda assim será melhor realizada pelo Diploma anterior. O critério cronológico só se coloca nas circunstâncias em que os dois diplomas são especiais ou mesmo gerais. A regulação detalhada que responde aos anseios sociais colocados diariamente pelos cidadãos deverá merecer preferência sobre todas as outras que não respondem a estas exigências da melhor maneira⁶¹³. Por outro lado, e de acordo com alguns contextos, é normal defender-se que as normas especiais anteriores devem prevalecer sobre as normas gerais posteriores.⁶¹⁴

Em relação à reclamação o nosso ordenamento jurídico consagrou a chamada reclamação necessária, ou seja determinados actos administrativos só podem ser impugnados judicialmente após reclamação dirigida ao órgão que o praticou, al a) do artigo 12º da Lei 2/94, Lei de impugnação dos actos administrativos. Esta norma não faz sentido, se olharmos para o facto de o nosso ordenamento jurídico ter consagrado a regra da definitividade e executoriedade, como pressuposto para a impugnação judicial dos actos administrativos, ora o Governador Provincial é um órgão que pela sua natureza e inserção no sistema administrativo, pratica actos definitivos e executórios, logo não faz sentido que os actos por ele exarados sejam obrigatoriamente sujeitos à

⁶¹² Joaquim Freitas da Rocha, *Constituição...ob cit...*p 349.

⁶¹³ “A definição de uma relação de especialidade entre o conteúdo de duas normas – tal como a definição da relação de especialidade entre dois conceitos ou entre quaisquer realidades analisadas – é uma questão logicamente distinta da que se coloca na norma *lex specialis*. Na realidade, enquanto esta última unidade deontica compreende a imposição da prevalência (i.e., na vertente da derrogação, ou seja, da exclusão da norma que não prevalece do processo de justificação da solução jurídica alcançada), a primeira apenas se reporta a uma modalização normativa múltipla de um caso, ou seja, à instanciação de duas ou mais normas pelas propriedades de um caso jurídico. A distinção é evidente: enquanto a especialidade propriamente dita diz respeito à razão teórica e ao discurso ilocutoriamente assertivo ou descritivo, e portanto à justificação interna das premissas que sustentam a conclusão, em termos de ser verdade que, sendo ambas suscitadas pelo caso, uma norma sob análise é especial em relação à outra, a derrogação diz respeito à razão prática e ao discurso ilocutoriamente directivo, em termos de ser válido que, sendo ambas suscitadas pelo caso, uma norma (especial) deva prevalecer sobre outra (geral), onde é pertinente a justificação externa” Pedro Moniz Lopes, *Derrotabilidade...ob cit...*p 282.

⁶¹⁴ Pedro Moniz Lopes, *Derrotabilidade...ob cit...*p 318.

reclamação. Por outro lado, as estatísticas ajudam-nos a provar a relativa inconveniência da reclamação principalmente quando for necessária, em regra os autores dos actos não alteram os seus conteúdos, o que por si só evidencia a ineficiência e a perda de tempo, a que o cidadão está sujeito.

Relacionada à ideia acima apresentada, - estruturação do regime jurídico da reclamação- está a questão da suspensão da execução do acto impugnado, para os actos passíveis de impugnação contenciosa a reclamação não produzirá efeitos suspensivos, nos termos do nº 2 do artigo 105º do Decreto, ou seja; sendo a reclamação condição necessária⁶¹⁵ para impugnação contenciosa de acto administrativo, da sua impugnação não resultam efeitos suspensivos, o acto continua sendo executado em prejuízo dos cidadãos que ainda terão de aceder aos tribunais em caso de indeferimento da sua pretensão como consequência, a quando da altura da impugnação judicial, o acto já produziu todos os seus efeitos, retirando qualquer utilidade imediata ao recurso contencioso de anulação. Foi o que aconteceu entre nós num caso em que a cidadã viu a sua casa demolida, porque tinha de percorrer e esgotar as instâncias administrativas, mesmo estando provada a ilegalidade do acto em si. A residência foi demolida e ainda assim foi obrigada a impugnar judicialmente o acto, as circunstâncias não permitiram sequer que fosse usada a providência cautelar de suspensão de eficácia do acto administrativo⁶¹⁶. Está consagrada a suspensão da execução por iniciativa do autor do acto ou a pedido do cidadão visado pela referida execução, a forma como estas normas estão concebidas leva-nos a acreditar que a solicitação do cidadão fica a inteira disposição da vontade muitas vezes incontrolável do órgão da administração, pelo que as garantias do indivíduo nestas situações são diminutas e reduzidas. Como resultado, o

⁶¹⁵ Excluimos nestes casos a reclamação facultativa, que em regra não tem utilidade porquanto ela só existirá nas situações em que o acto em si for praticado por um órgão que se situa no topo da hierarquia, e não está sujeito a nenhuma outra forma de controlo, estando aberta a via para o contencioso, e o cidadão ainda assim decide reclamar ao órgão que praticou o acto. Ora nestas situações não faz qualquer sentido que a execução do acto fique suspensa, pois apenas por opção dos cidadãos é que ele não impugna directamente o acto junto dos tribunais, aqui sim, faz sentido a não suspensão da eficácia do acto.

⁶¹⁶ Sobre o tema, Adão de Almeida, A suspensão judicial da eficácia no contencioso Administrativo Angolano, da excessiva protecção do interesse público à possibilidade de subjectivação do sistema in Estudos de Direito Público e matérias conexas, Casa das ideias 2009, p 59 ss. Maria da Glória Garcia, Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo, Direito e Justiça Volume X 1996 Tomo I p 195ss.

Decreto deveria estabelecer as condições susceptíveis de gerar a suspensão da execução.

De referir que a suspensão da execução não se apresenta apenas como vantajosa para o cidadão, até para a administração é importante garanti-la, na medida em que ela terá a possibilidade de rever a sua decisão e por outro lado, evitam-se acções paralelas, que muitas vezes acometem os tribunais com um conjunto de processos.⁶¹⁷

Para dificultar ainda mais a situação dos cidadãos, a interposição da reclamação não suspende a contagem dos prazos para o recurso contencioso, o que revela desde logo a incongruência do regime e a sua apetência para a defesa da legalidade e do interesse público, em claro desfavor do cidadão. “Obrigam-no” a reclamar junto do órgão que praticou o acto e ainda assim, e em caso de indeferimento ele não poderá recorrer contenciosamente por preclusão dos prazos, aí sim porque o cidadão fica impedido de recorrer judicialmente contra o acto, podemos falar de uma norma circunstancialmente inconstitucional, por violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva. Entretanto e como prova da total desarticulação entre o Decreto e a Lei 2/94, o artigo 14º desta estabelece os elementos para que se efectue a contagem dos prazos, diferentes dos que constam daquele. O artigo 106º do Decreto estabelece que a impugnação por via da reclamação não suspende a contagem do prazo para interposição do recurso e presumindo aqui o recurso contencioso⁶¹⁸ no caso da reclamação necessária, quer dizer que se o cidadão impugnar um acto por via de reclamação, a contagem para a impugnação contenciosa começará na data em que ele teve conhecimento do acto ora reclamado⁶¹⁹, contrariamente, o nº 2 do artigo 14º da Lei 2/94 vem consagrar regras diferentes ao afirmar que a contagem do prazo para o recurso contencioso começa a partir da data em que o cidadão recebe a decisão que incidir sobre a reclamação apresentada, regime mais favorável ao cidadão, mas que em certa medida causa enormes confusões no momento da sua aplicação.

⁶¹⁷ Paulo Otero, Impugnações administrativas, Caderno de Justiça Administrativa, nº 28, Julho/Agosto 2001 p 52.

⁶¹⁸ Não poderá ser o recurso hierárquico, porquanto da reclamação caberá impugnação contenciosa, o cidadão não precisa de reclamar e recorrer hierarquicamente, ambas garantias se colocam em termos alternativos, logo de uma reclamação necessária só pode haver recurso contencioso.

⁶¹⁹ Este regime só faria sentido as duas vias estivessem abertas de forma alternativa as duas vias uma administrativa e outra contenciosa.

Ainda em relação à Lei 2/94, a al b) do artigo 12º, consagra as condições em que deve haver o recurso hierárquico e faz referência à necessidade de recurso hierárquico em relação aos actos praticados pelos órgãos directivos dos institutos de direito público. Há entre nós um entendimento por acaso maioritário, segundo o qual dos actos praticados pelos órgãos directivos dos institutos públicos, caberá recurso para o ministro que coordena o sector, impondo entre ambos uma relação hierárquica. Não perfilhamos este entendimento, pois em regra entre duas pessoas colectivas não poderá haver uma relação que se coloque em termos de hierarquia⁶²⁰, porquanto esta tem como âmbito preferencial o interior da pessoa colectiva pública, o Ministro faz parte da pessoa colectiva Estado e os institutos públicos formam em si uma categoria de pessoa colectiva pública distinta, logo não faz sentido que dos actos praticados pelos órgãos de gestão dos institutos públicos se recorra aos ministros coordenadores. Os actos praticados pelos directores dos institutos públicos são definitivos e executórios, porquanto estes são os seus órgãos máximos. Do ponto de vista interadministrativo⁶²¹, as relações entre as duas instituições são mediadas pelo instituto da superintendência, dando origem no que às garantias impugnatórias diz respeito, ao recurso tutelar, que terá natureza facultativa, o que vem ajudar a provar que os actos destes órgãos são definitivos e executórios e a via judicial está inicialmente aberta. Ora o que a alínea em questão quer dizer, é que os actos praticados pelos órgãos do instituto público que se situem abaixo do director geral, são por via do recurso hierárquico impugnados junto deste.

Em relação ao recurso hierárquico têm sido apresentadas várias ideias a respeito do seu regime jurídico, particularmente sobre a precedência obrigatória enquanto pressuposto para a impugnação judicial de actos administrativos, a doutrina maioritária em Angola considera que a norma que consagra tal exigência é inconstitucional por violar o conteúdo da tutela jurisdicional efectiva.

⁶²⁰ Sobre a discussão acerca da hierarquia como condição para o recurso hierárquico, Freitas do Amaral, Conceito e natureza do recurso hierárquico, 2ª edição, Almedina 2005 p 79 ss.

⁶²¹ A tutela enquanto relação interadministrativa, André Folque, A tutela Administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios, Coimbra editora, 2004, p 310 ss.

Relacionada a esta questão era a divergência doutrinária que havia em relação ao artigo 43º⁶²² da Constituição de 1992, que se prendia com o facto de saber se o modelo de contencioso administrativo concretizava ou não o direito constitucionalmente consagrado de tutela jurisdicional efectiva descrito no artigo 43º. Sobre a questão foram concebidas duas posições, a primeira: a tese das opções defende que o legislador constitucional deixou ao critério do legislador ordinário a faculdade de escolha isto é; o legislador ordinário tem poderes discricionários na construção do modelo de contencioso Administrativo.⁶²³ E os defensores desta tese sustentam esta posição mobilizando os seguintes argumentos; o artigo 43º da Constituição de 1992 consagrava a tutela jurisdicional efectiva⁶²⁴ (protecção jurisdicional sem lacunas), isto é, este direito fundamental indicia a construção de um modelo essencialmente subjectivista. Porém o nº 1 do artigo 121º da Constituição de 1992 in fine, estabelecia que os tribunais decidiam sobre a legalidade dos actos administrativos⁶²⁵ deixava ou deixa em aberto a possibilidade de se poder elaborar um modelo de feição objectivista⁶²⁶.

A segunda posição corresponde a chamada tese da não efectividade (ou da não execução do direito a tutela jurisdicional efectiva), defende que o artigo 43º constitucionalizava o direito à impugnação contenciosa como direito fundamental, direito que determina a construção de um modelo de cariz subjectivista, mas curiosamente o legislador ordinário construiu um modelo marcadamente objectivista, não dando execução a este pressuposto constitucional, para esta tese este artigo era um princípio comum à protecção jurisdicional do cidadão no domínio da actividade administrativa e privada. Para esta corrente a tutela jurisdicional efectiva tem um conteúdo complexo a saber:

- a) Liberdade de acesso aos tribunais e ao Direito;
- b) Ninguém deve ser dificultado por insuficiência de meios económicos;

⁶²² Sobre a interpretação deste artigo e algumas implicações dele resultante, Cremildo Paca, Interpretação do princípio do acesso à justiça do funcionário público demitido: sua (re) compreensão metodológica, Revista Angolana de Direito, ano 2 nº 3 Cada das ideias 2009, p 81-101.

⁶²³ Tese defendida pelo professor Doutor Sérvulo Correia no seminário de Direito Administrativo II do 1º curso de Mestrado em Ciências jurídico políticas da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em colaboração com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

⁶²⁴ Este artigo corresponde ao artigo 29º da actual Constituição.

⁶²⁵ Este artigo corresponde ao artigo 177º 1 da actual Constituição.

⁶²⁶ Carlos Feijó e Lazarino Poulson Lições de Justiça Administrativa Casa das Ideias 2008 p 59.

- c) O processo deve ser revestido de garantias adequadas à defesa e sem dilação indevidas;
- d) A eficácia das sentenças⁶²⁷

O Direito a tutela judicial efectiva não é só um direito à defesa é também um direito à prestação. Há uma imposição ao legislador no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos⁶²⁸.

A questão central como já afirmamos incide sobre a questão da definitividade⁶²⁹ e executoriedade⁶³⁰ enquanto pressupostos para a impugnação de actos administrativos, pois segundo a doutrina dominante, o acesso é garantido constitucionalmente, e a regulação adoptada viola directamente o conteúdo daquele direito fundamental⁶³¹. Algumas questões se levantam e estão por detrás da consagração de definitividade e executoriedade como requisito para a impugnação contenciosa dos actos administrativos. Um dos argumentos usados é de que a inexistência deste “filtro” faria com que os cidadãos acedessem directamente aos tribunais impugnando quaisquer tipos de actos muitos dos quais encontrariam resolução no seio da própria administração, com os cidadãos por via das garantias administrativas a provocarem a reapreciação dos actos por parte dos órgãos competentes, ao invés de recorrerem aos tribunais que muitas vezes não teriam meios para responder em tempo as várias solicitações, pondo em causa a eficiência da sua actuação.⁶³² Por outro lado, defende-se ainda a total liberdade do legislador para concretizar determinados ditames consagrados na constituição, determinando inclusive as condições para aceder aos tribunais, não deveria ser a a constituição a definir tais

⁶²⁷ Carlos Feijó e Lazarino Poulson ob cit...p 60

⁶²⁸ Carlos Feijó e Lazarino Poulson ob cit...p 60

⁶²⁹ “Para Rogério Soares a não definitividade é uma situação do acto, não a qualidade do acto, nem a natureza do acto. Um acto definitivo é um acto que se encontra temporariamente numa posição precária, mas produz efeitos como outro qualquer acto administrativo. Se não for administrativamente impugnado pela via hierárquica necessária, ao cabo do respectivo prazo passará a definitivo. Sendo-o então, a definitividade só se obterá pela decisão do superior hierárquico. O que torna irrecurível o acto não definitivo é a simples circunstância de não ser acto administrativo”. José Cândido de Pinho, Breve ensaio sobre a competência hierárquica, Almedina 2000, p 48-49.

⁶³⁰ Sobre o acto administrativo definitivo e executório em reflexões pioneiras, Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo volume I, Almedina reimpressão da 10ª edição, 2010 p 463-464.

⁶³¹ Ideias críticas sobre o acto definitivo e executório, as quais sufragamos, Vaco Pereira da Silva, Em busca...ob cit...p 629 ss.

⁶³² Freitas do Amaral, Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Vasco Pereira da Silva, “Em busca do acto administrativo perdido”, Direito e justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica portuguesa, volume X 1996 Tomo 2 p 274.

critérios.⁶³³ Para além do que já se afirmou, pretende-se conferir ao superior hierárquico máximo a possibilidade de pronunciar-se sobre o conteúdo de um pedido apresentado pelo cidadão, antes que este recorra aos tribunais, pois ele em princípio é a entidade que melhor domina o trabalho e que está tecnicamente melhor preparado para o efeito. E porque se eventualmente o acto for impugnado judicialmente, será ele quem irá responder enquanto superior hierárquico, por tais actos⁶³⁴.

Em parte a teoria da definitividade e executóriedade⁶³⁵, assenta na inexistência da separação entre administração e tribunais, encarando este como prolongamento da administração, como resultado a impugnação judicial dos actos afigurava-se como recurso de decisões em que os órgãos da administração já se haviam pronunciado e como forma de garantir a sua constância obrigava-se o cidadão a impugnar primeiramente junto da administração, em caso de decisão desfavorável aí estava aberta a via para o tribunal como instância superior.

Esta matéria no ordenamento jurídico português, durante muito tempo dividiu a doutrina, dando origem à duas grandes correntes, a fundamentalista com os professores Vasco Pereira da Silva, José Joaquim Canotilho e a moderada com os professores Freitas do Amaral, Rogério Soares e Vieira de Andrade.⁶³⁶

O estado de evolução do Direito Administrativo, deixa de lado qualquer referência à ideia da definitividade e executóriedade como pressuposto para a impugnação judicial do acto administrativo. Desde logo porque muitas das situações que se integravam no conceito de acto administrativo hoje deixaram de o ser e estar, fundamentalmente porque foram sendo criadas outras formas de reacção ao dispor dos cidadãos, é o caso dos actos administrativos de conteúdo negativo⁶³⁷, que hoje não precisam de ser definitivos e executórios, porquanto já não são impugnáveis através de recurso contencioso, mas sim por via de outros mecanismos como por exemplo, a acção

⁶³³ Freitas do Amaral, *Apreciação da dissertação de doutoramento...ob cit...*p 274.

⁶³⁴ Neste sentido, Rogério Soares, *Direito Administrativo...ob cit...*p 63

⁶³⁵ Apresentando algumas vantagens decorrentes da exigência do esgotamento das garantias administrativas, João Damião, *A precedência obrigatória no Contencioso Administrativo Angolano, contributo para a criação de um Contencioso Administrativo adequado ao Estado de Direito*, Almedina 2014 p 160.

⁶³⁶ Sobre as teorias, José Cândido de Pinho, *Breve...ob cit...*p 53-55.

⁶³⁷ Sérvulo Correia, *Incumprimento...ob cit...*p 19-20.

de condenação à prática de acto devido.⁶³⁸ Que não tem como objecto qualquer acto administrativo nem se dirige contra acto praticado por superior hierárquico, mas sim contra a pessoa colectiva em que o órgão se insere⁶³⁹.

Por outro lado, a mesma evolução do direito administrativo, ajudou a “provar” a variedade da tipologia de actos administrativos, que não apenas os que impõem deveres e encargos aos cidadãos, perspectiva a partir da qual se definiu a ideia da executoriedade. Hoje existem outros actos administrativos que se afastam deste paradigma, fundamentalmente se persarmos na tendência relativamente generalizada de proliferação de actos administrativos cuja composição assenta na relação comparticipada entre administração e cidadãos, que vai igualmente ditar o seu modo de execução.⁶⁴⁰

Ademais, o conceito de definitividade congrega em si vários elementos alguns inconciliáveis entre si, desde logo porque a definitividade vertical apresenta-se essencialmente como um pressuposto processual. E a definitividade horizontal há muito que deixou de fazer sentido, na medida em que hoje é perfeitamente aceite a perspectiva da impugnação autónoma de determinados actos que praticados no decurso do procedimento terão um tratamento singularizado⁶⁴¹ e separado, o cidadão não precisa de esperar pelo fim do procedimento para os impugnar.⁶⁴² Atenção que os actos apesar de intermédios ou preparatórios poderão causar danos aos particulares e necesse sentido susceptíveis de impugnação contenciosa⁶⁴³. A mesma linha argumentativa justificou uma viragem do tratamento da matéria, ao permitir-se dada a sua relevância, a impugnação de alguns actos internos, fundamentalmente aqueles que

⁶³⁸ Mário Aroso de Almeida, Considerações em torno de acto administrativo impugnável, in Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, vol II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2006 p 274.

⁶³⁹ Mário Aroso de Almeida, Recurso hierárquico, acto tácito e condenação à prática de acto devido, comentários ao Acórdão do STA de 24.11. 2004, Caderno de Justiça Administrativa nº 53, Setembro/Outubro 2005, p 20.

⁶⁴⁰ Mário Aroso de Almeida, Considerações...ob cit...p 278.

⁶⁴¹ Pensemos nos casos de concursos públicos em que o cidadão é excluído da lista final de indivíduos que constarão da decisão, até ele esperar que se decida para impugnar o acto, poderá perder o concurso bem como a sua vaga legalmente ocupada por outra pessoa, reflexão retirada e adaptada da obra de Rogério Soares, Direito Administrativo...ob cit...p 61.

⁶⁴² Enquadramos por exemplo os actos destacáveis ao nível da contratação pública, para mais informações, Freitas do Amaral e Carlos Feijó, Direito Administrativo...ob cit... p 841.

⁶⁴³ Rogério Soares, Direito Administrativo...ob cit...p 62.

dizem respeito à distribuição de competências⁶⁴⁴, e ao relacionamento de determinados órgãos por via de institutos como a superintendência ou a tutela.

A atribuição de efeitos constitutivos ao acto administrativo definitivo e executório, originou a que muitas vezes e ao arrepio do princípio da legalidade e da juridicidade este anulasse os efeitos decorrentes das leis, nalguns casos benefícios concedidos por àquelas aos cidadãos.⁶⁴⁵ Apesar de não concordarmos com a exigência do esgotamento das vias ordinárias como condição para a impugnação de actos administrativos⁶⁴⁶, cremos que não se pode ir ao extremos e considerar que as normas que o exigem sejam inconstitucionais⁶⁴⁷, quando na verdade é diferido ao legislador ordinário o poder de estabelecer os requisitos para se aceder aos tribunais, estando incluindo neste poder a faculdade de condicioná-lo, embora nem todas as constituições consagrem esta liberdade⁶⁴⁸. Entretanto esta regulação está limitada, na medida em que

⁶⁴⁴ Mário Aroso de Almeida, *Considerações...ob cit...* p 284.

⁶⁴⁵ Luís Fábrica, *Acto definitivo e recurso de mera anulação no pensamento de Marcello Caetano*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, vol II 2006 p 98-99.

⁶⁴⁶ São contudo reconhecidas algumas vantagens à impugnação necessária, ligadas ao interesse público, e a realização dos valores comunitários, ou ainda vantagens para os particulares. “Elas reforçam o controlo da legalidade, especialmente do mérito da actuação administrativa, assumem um papel determinante como instrumento do princípio da unidade da acção administrativa e traduzem um factor de legitimação administrativa no quando do princípio hierárquico. E, do ponto de vista dos particulares, garantem a imediata suspensão da eficácia do acto impugnado, o controlo do mérito e apreciação da decisão por órgão mais qualificado, sendo certo que também se apresentam como mecanismos de tipo informal, fácil de interpor, barato e rápido”. Isabel Celeste Fonseca, *Repensar as impugnações administrativas entre a efectividade do processo e a unidade da acção administrativa*, *Caderno de Justiça Administrativa* nº 82 Julho/ Agosto 2010, p 79.

⁶⁴⁷ Sobre as razões que determinam a inconstitucionalidade de regra da precedência obrigatória, no ordenamento jurídico português, Vasco Pereira da Silva, de necessário a útil: a metarmofose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo, *Caderno de Justiça Administrativa* nº 47, Setembro/Outubro 2004 p 22 ss.

⁶⁴⁸ Vejamos neste sentido alguns ideias a respeito do assunto no ordenamento Moçambicano: “Sobre esta questão há no nosso entender uma divergência de abordagem entre o preceituado na CRM nº3 do art. 253 e o art. 32 da Lei 7/2014 de 28 de Fevereiro, pois a lei mãe garante aos particulares o direito do recurso contencioso sempre que haja um acto da administração pública que viola os direitos do particular, outrossim o art. 32 da lei 7/2014 estabelece como condição da recorribilidade que o acto seja definitivo e executório. Nesta perspectiva olha os princípios de interpretação normativa, nenhuma lei pode contraria a CRM assim, estamos diante de uma inconstitucionalidade material, pois a Lei 7/2014 vem regular a condição da recorribilidade do acto administrativo de forma contrária a CRM. Essa divergência era justificável no âmbito da Lei 9/2001 e a CRM 2004, pois a CRM era posterior a lei do contencioso, estávamos sim diante de uma inconstitucionalidade superveniente, mas o legislador teve a oportunidade de em 2014 na revisão da LPCA (Lei do Processo Contencioso Administrativo), adequar o preceituado legal e constitucional mas não o fez, mantendo assim a mesma redacção. Mas que como se tem dito na gíria popular não há problema sem solução pode o juiz em sede de fiscalização sucessiva concreta desaplicar a norma e remeter ao Conselho constitucional para a apreciação da constitucionalidade da norma, ou ainda os organismos atribuídos o poder de solicitar a inconstitucionalidade das normas no âmbito do disposto no art. da CRM pedir a apreciação da constitucionalidade da norma, resolvendo assim o

não pode impedir, sob pena de inconstitucionalidade⁶⁴⁹ o acesso.⁶⁵⁰ Isto posto, apontam-se algumas críticas ao recurso hierárquico necessário que se apresenta como resultado de uma visão que apregoa a concentração administrativa com todos suas desvantagens⁶⁵¹, e que não abre o necessário espaço para a desconcentração equanto modelo que garante maior democracia e fluidez no exercício da actividade administrativa.⁶⁵² Ademais, o acto administrativo praticado pelo subalterno é igual ao que seria praticado pelo superior hierárquico e mantém a sua validade, este só intervêm na análise de tal acto quando se pretende impugnar judicialmente, fora da qual ele mantém-se válido⁶⁵³, situação que os defensores desta corrente nem sempre souberam explicar. Por outro lado, a teoria da definitividade e executoriedade parte de um pressuposto não isento de críticas, que é a ideia de pensar que apenas os actos definitivos e executórios, pela sua dimensão coerciva podem causar danos aos particulares, depois da aquisição desta qualidade, ele pode ser atacado junto das instâncias judiciais.

problema de uma vez. É nosso entender que o legislador constituinte quis adoptar a teoria do acto lesivo como condição da recorribilidade dos actos administrativos, ao estatuir o preceituado no nº3 art. 253". Edmar Barreto Jorge, A Teoria do Acto Lesivo vs Teoria da Definitividade e Executoriedade do Acto Administrativo – Discussão à Luz do Ordenamento Jurídico Moçambicano, Revista Científica do ISCTAC, Vol. 3, nº 08, Ano III, Abril - Junho de 2016, p 14.

⁶⁴⁹ "La línea inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mantenida en sentencias posteriores,59 alcanzó consolidación parcial en el Código Procesal Contencioso administrativo de dicho país que entró en vigencia el 1º de enero de 2008. En este último ordenamiento, se sienta el carácter optativo de la regla del agotamiento como principio general que sólo hace excepción en materia municipal y de contratación pública. En Argentina, muchos administrativistas se han volcado a favor de la tendencia tendiente a suprimir la regla del agotamiento de la vía administrativa o, al menos, atenuarla, basados en que su subsistencia conculca el principio de la tutela judicial efectiva, de base constitucional y supra constitucional. En conclusión, la CIDH y en época reciente, de un modo más asertivo, la Corte Suprema de Costa Rica han establecido un nuevo paradigma. Esta última, sintonía con la doctrina que venía bregando por la supresión o atenuación de la regla del agotamiento declara que la mencionada regla es inconstitucional, por violación de la tutela judicial efectiva y de otros principios constitucionales, como el de igualdad de cargas procesales, con lo que el requisito de agotar la instancia, en el que descansaba el sistema, ha pasado a ser opcional y no obligatorio o preceptivo. La consecuente primacía constitucional se ha impuesto así como los principios del Estado de Derecho. Más aún, han salido ganando los justiciables con esta nueva conquista del derecho público". Juan Carlos Cassagne El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia, Tendencias...ob cit p 76-77.

⁶⁵⁰ Isabel Celeste Fonseca, Repensar... ob cit...p 78.

⁶⁵¹ Sobre as vantagens e desvantagens da concentração de poderes, Freitas do Amaral, Curso vol I...ob cit...p 836.

⁶⁵² João Miranda, Em defesa da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário, comentário ao Acórdão do STA de 15.1.1997, Caderno de Justiça Administrativa, Maio/Junho de 1998, p 46-47.

⁶⁵³ Vasco Pereira da Silva, de necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico...ob cit...p 23.

O princípio da tutela jurisdicional efectiva encaminha-nos para um entendimento que defende alargamento do âmbito do acto recorível⁶⁵⁴ contenciosamente, podendo criar-se um regime unitário passível de prever várias situações que legitimam a impugnação contenciosa de actos administrativos, um modelo que exigirá para determinados actos desde que não lesivos, a regra da procedência obrigatória. Este regime será devidamente acompanhado por um conjunto de meios ao dispor dos cidadãos para realizarem ao nível do contencioso as suas mais variadas pretensões.

Isso deixa claro que a tutela jurisdicional efectiva não se restringe às condições que devem ser criadas para que se possa falar de uma protecção subjectiva realizada pela norma, para além do acesso aos tribunais, à informação, a consulta de documentos, decisão em prazo razoável, e acima de tudo a consagração de meios cautelares⁶⁵⁵ que garantem e efectividade do princípio⁶⁵⁶ rumo à ideia de justiça, a maior fatia da responsabilidade em relação a este princípio, recai sobre o legislador que está impedido de criar dificuldades no acesso ao tribunal e situações de incertezas na definição dos tribunais competentes para dirimir conflitos, antes deve, garantir que os cidadãos se sintam seguros⁶⁵⁷.

Ele impõe-se como mecanismo de protecção do cidadão face aos actos dos poderes públicos susceptíveis de o afectarem e porque esta defesa deve ser feita a vários níveis, o princípio revela-se igualmente como transversal a toda a relação entre o cidadão e os entes públicos, garantindo inclusive a efectividade de outros direitos fundamentais. Por outro lado a sua unidade é assegurada pela consagração de uma série de subprincípios que entretanto, determinam a sua concretização por via de três pilares fundamentais; o princípio do acesso aos tribunais, o princípio das competências de

⁶⁵⁴ Sérvulo Correia, Impugnação dos actos administrativos, Caderno de Justiça Administrativa nº 16, Julho/ Agosto 1999, p 14.

⁶⁵⁵ “Os meios processuais sob pena de inutilidade, deverão ser acompanhados de meios cautelares adequados para assegurar a sua “retaguarda”. Sofia Henriques, A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português, Coimbra editora 2006, p 25.

⁶⁵⁶ Neste sentido e sobre a efectividade da tutela judicial, Maria Fernanda Maçãs, Tutela judicial efectiva e suspensão da eficácia: balanço e perspectivas, Caderno de Justiça Administrativa, nº 16, Julho/Agosto 1999 p 52 ss.

⁶⁵⁷ Manuel Carlos do Nascimento, Garantia da tutela jurisdicional efectiva dos sujeitos jurídicos fiscais, uma análise do Direito Angolano a partir do Direito Português, edição do autor 2014 p 20-21.

conformação processual, e o princípio da utilidade da pronúncia jurisdicional.⁶⁵⁸ Por conseguinte, existe unanimidade na determinação dos elementos que integram este direito⁶⁵⁹, embora a mesma unanimidade não se verifique na sua classificação. Qualquer que seja a doutrina, a verdade é que este deve enquanto direito análogo, beneficiar do regime jurídico dos direitos fundamentais.

Como já o dissemos, a regra do esgotamento das garantias administrativas como requisito para impugnação de actos administrativos, representa uma má opção no que à política legislativa diz respeito, com implicações profundas no acesso à justiça e ao direito, neste sentido, deveria ser um mecanismo facultativo, ao contrário do regime actualmente consagrado, que em nada contribui para a efectiva tutela dos direitos e posições dos cidadãos, fundamentalmente porque já o vimos, a execução do acto impugnado e a contagem dos prazos continuam. Para piorar, a não impugnação administrativa impede o cidadão de o fazer contenciosamente⁶⁶⁰, aí sim estaríamos diante de uma interpretação inconstitucional, por violação directa do princípio da tutela jurisdicional efectiva⁶⁶¹, a mesma solução é aplicável nas situações em que o cidadão perde o prazo enquanto espera pela decisão do recurso hierárquico ou da reclamação.

Entendemos que ainda assim, a norma em questão pode manter-se vigente sem que seja declarada inconstitucional, porquanto o legislador recebe da constituição a liberdade para modular o regime de acesso aos tribunais, podendo mesmo condicionar este acesso ao cumprimento de determinados pressupostos.

Cumprasse asseverar que em nenhum momento o legislador constitucional no artigo 29⁶⁶² consagra o acesso directo aos tribunais como forma de realização do direito, antes estabelece padrões que o legislador ordinário no âmbito da regulamentação ou condicionamento de direitos fundamentais pode seguir, porquanto visam a determinação dos pormenores do exercício de um direito de modo compatível

⁶⁵⁸ Francisco Paes Marques, A efectividade da tutela de terceiros no contencioso administrativo, Almedina 2007 p 41-42.

⁶⁵⁹ Vieira de Andrade, Justiça Administrativa (lições) 10ª edição Almedina, 2009 p 163.

⁶⁶⁰ A extemporaneidade da interposição do recurso hierárquico ou da reclamação implica a perda do direito recurso aos tribunais.

⁶⁶¹ Sobre o princípio na Constituição da República de Angola, Isabel Fonseca e Osvaldo da Gama Afonso, Direito Processual...ob cit..p 27-33.

⁶⁶² Sobre a interpretação deste artigo e suas implicações no ordenamento jurídico Angolano, no domínio da precedência obrigatória, João Damião, A precedência obrigatória no Contencioso Administrativo Angolano, contributo para a criação de um Contencioso Administrativo adequado ao Estado de Direito, Almedina 2014 p 177-178.

com as circunstâncias concretas da realidade em que ele será aplicado⁶⁶³. As exigências que o condicionamento estabelece estão dentro dos padrões de razoabilidade, perfeitamente controláveis e sindicáveis, em que o limite é a afectação desvantajosa do referido direito, figura totalmente desconhecida do condicionamento⁶⁶⁴, que penas estabelece os requisitos para o exercício de direitos fundamentais, para tal valem os requisitos exigidos para a restrição⁶⁶⁵.

Para o caso em análise mesmo não sendo uma restrição⁶⁶⁶, permitida aos olhos da CRA artigo 57º, devemos ter em conta os requisitos que a carta magna estabelece para que se possa falar de uma restrição legítima, nomeadamente a obediência do princípio da proporcionalidade, no caso o condicionamento apresenta-se como o meio mais idóneo para garantir que o direito dos cidadãos seja exercido em respeito a determinados elementos que muitas vezes são impostos pela realidade, por outro lado, a opção referida visa sobretudo garantir a concretização de determinados valores.

O segundo aspecto sobre a matéria aqui desenvolvida, tem a ver com o princípio do respeito do conteúdo mínimo do direito fundamental, no caso garantido na medida em que não está vetada a possibilidade de o particular aceder aos tribunais. Portanto este conteúdo que significará o respeito pelo núcleo fundamental determinável em

⁶⁶³ Reis Novais, Restrições...ob cit...p 177.

⁶⁶⁴ Podemos notar que estamos diante de um desenvolvimento de direitos fundamentais que não impede aos particulares o acesso à Justiça Administrativa para a defesa dos seus direitos, enquanto conteúdo do artigo 29º da Constituição da República de Angola. Desta forma não vemos a incompatibilidade alegada pela doutrina que defende a inconstitucionalidade desta Lei. Para clarificar a distinção entre restrição e condicionamento temos um exemplo tirado da jurisprudência do Tribunal Constitucional Português (cuja fonte é a obra do Professor Reis Novais sobre as restrições e frequentemente citada no presente trabalho), em relação ao prazo de pré-aviso para a realização de uma manifestação, exigindo o prazo de pré-aviso de 48 horas sendo um prazo razoável estaríamos diante de um condicionamento ou regulamentação do exercício de um direito fundamental, ao passo se for exigido um prazo de pré-aviso de 6 meses estaríamos diante de uma restrição sendo por isso inconstitucional, o critério assente nesta distinção é o da proporcionalidade, assim achámos que condicionar o acesso do particular à justiça Administrativa a definitividade e executóriedade do acto Administrativo não seja uma medida desproporcional, nesta medida inconstitucional, esta definitividade e executóriedade pressupõe a resolução dos litígios entre os particulares e a administração por outras vias antes de se chegar ao tribunal, embora estes mecanismos administrativos não deixem de levantar alguns problemas, fundamentalmente porque da exigência da reclamação não se pode retirar nada de novo, o que revelava que o cidadão pode estar a a perder o seu precioso tempo, o acto será o mesmo, analisado pela mesma entidade, acto que no entanto antes já era definitivo e executório, pondo mesmo em choque a os conceitos dos termos referidos.

⁶⁶⁵ Reis Novais, Restrições...ob cit...p 185.

⁶⁶⁶ João Damião entende que a exigência do esgotamento das garantias administrativas, gera uma restrição ao exercício de direito fundamental. A precedência obrigatória no Contencioso Administrativo Angolano, contributo para a criação de um Contencioso Administrativo adequado ao Estado de Direito, Almedina 2014 p 175.

abstracto, intrínseco de cada direito e intangível⁶⁶⁷. O conteúdo mínimo representa o lado mais profundo do direito depois de o “despirmos” de todas as formalidades e sustentáculos que o integram, de tal modo que se este núcleo for afectado o direito deixa de existir.⁶⁶⁸

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁶⁶⁹ pode ser determinado de forma definitiva, que assim servirá de padrão em todas as situações em que esta questão surge, ou pelo contrário, pode ser determinado em função das circunstâncias concretas do momento, de tal modo que se o interesse público por exemplo determinar, o conteúdo essencial poderá ser postergado.⁶⁷⁰

Assim, a essência da tutela jurisdicional efectiva (acesso aos tribunais) está perfeitamente garantida, não devendo nesta perspectiva ser a norma em causa, declarada inconstitucional.

Deve haver sim a preocupação em garantir que todos os actos praticados pelos órgãos administrativos sejam impugnados judicialmente independentemente da sua forma e natureza, e este acesso não deve nunca ser negado. Neste sentido, a jurisprudência portuguesa reconhece a legitimidade do condicionamento legalmente estabelecido sobre a matéria, desde que a tutela judicial não seja posta em causa.⁶⁷¹ Entre nós a jurisprudência em homenagem ao princípio da tutela jurisdicional efectiva, vai aceitando processos em que as partes não tenham impugnado administrativamente, ou seja, contra actos que não sejam definitivos e executórios⁶⁷², faltando apenas que

⁶⁶⁷ Vieira de Andrade, Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4ª edição Almedina 2009 p 284-285.

⁶⁶⁸ Vieira de Andrade, Direitos...ob cit...p 285.

⁶⁶⁹ Sobre o conteúdo essencial da Liberdade de Profissão, em termos semelhantes ao referido nesta parte da monografia, João Pacheco Amorim, A Liberdade de Profissão, Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra editora 2001 p 755ss.

⁶⁷⁰ Cristina Queiroz, Direitos fundamentais, teoria geral, 2ª edição, Coimbra editora 2010 p 270.

⁶⁷¹ Vieira de Andrade, Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica 61, Coimbra editora, 2001 p 1206

⁶⁷² “O recurso hierárquico necessário deve ser interposto no prazo (geral) de 30 dias [de acordo, porém, com a jurisprudência administrativa mais recente, a extemporaneidade da interposição do recurso hierárquico necessário não acarreta automaticamente a do recurso contencioso (no caso de o vício de ilegalidade de que enferma o acto originar a sua anulabilidade), de modo que, se o superior hierárquico conhecer o recurso interposto fora do prazo, poderá prosseguir o recurso contencioso contra essa decisão expressa] e suspende, em regra, a eficácia do acto recorrido (de registar que o Tribunal Constitucional decidiu, na esteira de uma boa parte da doutrina e da jurisprudência administrativa, numa pluralidade de arestos, designadamente nos Acórdãos nºs 603/95, 499/96 e 1143/96, não julgar inconstitucionais várias normas que impõem para os actos praticados por subalternos no caso de competência concorrente como o órgão superior uma impugnação administrativa como pressuposto do recurso contencioso, desde que

esta posição se legitime, contribuindo assim para a verdadeira efectividade das garantias administrativas que em face aos problemas acima referidos, estão longe deste desiderato.

O problema aqui levantado coloca-se nos mesmos termos relativamente à exigência de esgotamento das vias ordinárias como condição para interposição de determinados recursos⁶⁷³ o que é legítimo, não sendo nas situações em que se impede a interposição do referido recurso com fundamento no não esgotamento das vias ordinárias, por aspectos que não lhe são directamente imputáveis.

4. A transversalidade do Direito à informação no Procedimento Administrativo. O Decreto em revista.

A relevância do conhecimento nas sociedades modernas, pressiona o “mundo” das fontes a adaptarem-se às novas exigências, algumas vezes determinando a sua liberalização outras vezes fechando-se às influências externas, com a finalidade de proteger os agentes deste “mundo”. De qualquer forma, hoje a informação enquanto mecanismo por via do qual se obtém conhecimento e domínio de certas realidades, está no centro das relações sociais. Daí que de se dê aos órgãos de comunicação social a relevância que têm hoje, quanto mais não seja, porque através do seu trabalho se afere o grau de democraticidade de um dado país, pois dela depende a veiculação da informação de modo transparente e acessível a todos os cidadãos enquanto “credores” da actuação administrativa.⁶⁷⁴

Já fizemos uma incursão pela CRA e vimos os termos da regulação do direito à informação administrativa. O decreto consagra igualmente normas sobre o direito à informação procedimental, que por força da natureza democrática do procedimento administrativo é fundamental para que este realize todas as suas finalidades e esteja isento de qualquer forma de invalidade.

tais normas não obstem à posterior interposição do recurso contencioso, nem afectem a sua utilidade)”. Fernando Alves Correia, *Alguns conceitos de Direito Administrativo*, Almedina 2001 p 57-58.

⁶⁷³ Veja-se por exemplo as críticas avançadas pelo Professor Vasco Pereira da Silva contra o recurso hierárquico necessário. *Novas e velhas andanças do Contencioso Administrativo estudos sobre a reforma do Contencioso Administrativo* aafdl 2005 p 13 a 28.

⁶⁷⁴ Raquel Alexandra, *Constituição...ob cit...* p 175.

De alguma forma podemos afirmar que o Decreto foi generoso ao conceber várias normas sobre o direito à informação, com destaque para o artigo 34º, que o consagra. O artigo em questão limita o direito a informação às questões ligadas ao procedimento e pela forma como está redigido, deixa de fora um conjunto de situações igualmente importantes para se poder falar de um exercício rentável deste direito, a menos que se faça referência exemplificativa às situações em que este pode incidir. O artigo em referência limita o acesso à informação aos sujeitos legitimados a intervir no procedimento. O artigo 37º consagra a possibilidade de haver extensão do direito à informação, contudo as duas condicionantes nele presentes, mais uma vez, não materizam da melhor maneira o sentido e verdadeiro alcance deste direito fundamental. Em primeiro lugar é necessário que o requerente tenha algum interesse legítimo⁶⁷⁵ na obtenção da informação. Ora, não basta ser cidadão para exigir o conhecimento de determinadas questões relativas a gestão de assuntos públicos? Pensamos que a legitimidade decorre da cidadania⁶⁷⁶, este legítimo interesse exclui os cidadãos de participarem e de darem o seu contributo para o desenvolvimento do país. Por outro lado, exige-se igualmente um despacho positivo de um órgão da administração, o que quer dizer que se o despacho for em sentido negativo, o cidadão não exercerá um direito fundamental constitucionalmente consagrado, na nossa perspectiva este cenário é portador de uma inconstitucionalidade, por não estar pelo menos numa primeira abordagem, presente requisito algum que justifique uma restrição⁶⁷⁷ ao exercício de um direito fundamental. Embora o legislador constitucional não tenha evoluído muito no que ao alargamento dos titulares do direito à informação diz respeito, a verdade é que a legitimidade universal para exigir informação da administração está presente em várias normas do nosso ordenamento. O nº 1 do artigo

⁶⁷⁵ A distinção entre as várias figuras do interessado e do contra-interessado é algo complexo e nem sempre se afigura fácil, daí que se deva repensar a sua manutenção ao nível do procedimento. Neste sentido, Alexandre Brandão da Veiga, *Acesso à informação da Administração Pública pelos particulares*, Almedina 2007, p 60.

⁶⁷⁶ “Em sentido afirmativo no que ao acesso à informação diz respeito, como resultado do exercício da cidadania, Raquel Carvalho, *Os Direitos à informação administrativa*, comentários ao Acórdão do STA de 7.6.2001, *Cadernos de Justiça Administrativa* nº 33, Maio/Junho de 2002, p38

⁶⁷⁷ Sobre os cuidados a se ter em conta quando se pretende restringir o exercício de um Direito fundamental, e que serve para fundamentar a nossa posição em como na situação em causa não se pode falar de restrição à direito fundamental, porquanto esta técnica não pode ser encarada de modo leviano, dadas suas implicações para a construção do Estado democrático e de Direito”. Jorge Miranda, *Liberdade de trabalho e profissão*, *Revista de Direitos e Estudos sociais* nº 2 1998 p 160-161.

200º da CRA, impõe a obrigação de os cidadãos serem ouvidos pela administração sempre que esta pretende tomar uma decisão que os afectará. Para que esta norma se efective é necessário que estes cidadãos tenham acesso antes de mais à informação só assim estarão em condições de perceber os motivos da audição em causa, realizando assim os desígnios da norma. Se não alargarmos o âmbito subjectivo, este número não passará de mais uma “letra morta”, pois alguns cidadãos serão excluídos deste procedimento, na medida em que nem sempre é possível identificar em termos temporais exigidos pelos desafios que se colocam à actividade administrativa, os cidadãos afectados pela decisão a tomar. Não podemos esquecer que o direito a informação encontra o seu fundamento genérico na liberdade de expressão, beneficiando por isso do regime dos direitos liberdades e garantias, que a CRA consagrou no seu artigo 40º⁶⁷⁸. Ademais, nem sempre é possível definir os cidadãos afectados nos seus direitos e interesses, na medida em que o universo deles é bastante amplo, como resultado devemos tentar distinguir entre os que são afectados directamente e os que apenas indirectamente o são.

Daí que o reforço do conceito de Estado de direito, implique o incremento dos direitos dos cidadãos à informação e à participação, alargados à todos os cidadãos. O ordenamento jurídico alemão⁶⁷⁹, é exemplo disso, no caso o convite que a administração faz para os cidadãos participarem no procedimento, mesmo que não sejam hipoteticamente afectados pela decisão a tomar.⁶⁸⁰ De qualquer forma entre nós, desde que o cidadão apresente os motivos relevantes que justificam o seu direito à informação no caso concreto, a administração deverá cumprir e garantir àquele direito baseado num interesse merecedor de atenção.⁶⁸¹

Não se pode *olvidar* que o direito à informação realiza a ideia da cidadania administrativa, ligada ao direito à participação e ao conhecimento da actividade pública enquanto conquista do cidadão porque inseparável da sua natureza, tal como reza o

⁶⁷⁸ Neste sentido e em relação ao ordenamento jurídico Português, José Eduardo Figueiredo Dias, O direito à informação no novo Código de Procedimento Administrativo, comentários vol I...ob cit...p 685.

⁶⁷⁹ O nº 2 do parágrafo 13 da Lei alemã do procedimento administrativo consagra exactamente esta ideia de um alargamento dos participantes no procedimento. Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg, Lei Alemã do Procedimento Administrativo, Guia de leitura e anotações, Almedina 2016, p38.

⁶⁸⁰ Fernando Condesso, Direito à informação administrativa, Lisboa 1995,p 86.

⁶⁸¹ Catarina Sarmento e Castro, Direito à informação procedimental: os interesses e os interessados. Todos diferentes, todos iguais? comentário ao Acórdão do STA de 6.4.2000, Caderno de Justiça Administrativa nº 31 Janeiro/Fevereiro 2002, p 45.

artigo 15º da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789,⁶⁸² aspecto directamente relacionado com o princípio da administração aberta.⁶⁸³

O direito à informação evidencia diariamente a sua transversalidade pois é condição para a participação do cidadão no procedimento e na gestão dos assuntos que lhe dizem respeito⁶⁸⁴. Ditando mesmo que a decisão administrativa só pode ser exteriorizada depois de os cidadãos acederem ao material relevante para sua transformação em factos. Esta transversalidade constitui factor importante para a operacionalidade do princípio da imparcialidade, a sua instrumentalidade é revelada através do recurso a outros elementos; por ser um mecanismo que visa a protecção da administração contra ela mesma, guiando-a para que cumpra as suas tarefas dentro do que as normas exigem.⁶⁸⁵

Das várias fases⁶⁸⁶ que preenchem o direito à informação procedimental, destacam-se três grandes “paragens” todas elas relacionadas e que ajudam a enformar este direito; o acesso aos documentos, que naturalmente deve ser alargado à todos os cidadãos interessados, pois a sua existência não pressupõe uma relação prévia com a administração⁶⁸⁷, a participação enquanto elemento próprio dos modernos modelos de administração baseada na abertura e no reconhecimento do contributo dos cidadãos para a realização dos seus objectivos, a terceira é representada pelo direito a fundamentação e notificação das decisões tomadas, na altura da sua publicação, como parte de um pacto entre a administração e os cidadãos, evidenciando a natural e obrigatória prestação de contas.

As normas do Decreto sobre notificação não estão isentas de críticas, pois o artigo 38º parece consagrar a omissão da notificação como regra, existindo apenas nos casos elencados nas alíneas do artigo em referência, por outro lado mesmo que fosse uma enumeração exemplificativa, o articulado não dá margem para este entendimento.

⁶⁸² Fernando Condesso, *Direito à informação administrativa*, Lisboa 1995, p 55.

⁶⁸³ Sobre o princípio da administração aberta, João Caupers, *Os princípios gerais do procedimento e o Direito à informação*, Seminário sobre Procedimento Administrativo, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1992, p 57ss.

⁶⁸⁴ Apud Mário Aroso de Almeida, *Direitos fundamentais...ob cit...p 292*.

⁶⁸⁵ Raquel Carvalho, *O direito...ob cit...p 148-149*.

⁶⁸⁶ Neste sentido Figueiredo Dias, *Relevo prático da Intimação para a consulta de documentos na garantia jurisdicional do direito à informação dos administrados*, comentário ao Acórdão do STA, *Cadernos de justiça Administrativa* nº 5, Setembro/Outubro 1997, p 54.

⁶⁸⁷ Raquel Carvalho, *Direito...ob cit...p 158*.

Independentemente da natureza do acto, sob a administração impende sempre o dever de notificar os cidadãos, porquanto desta resultam dentre outras coisas, uma dimensão subjectiva e ao mesmo tempo garantística que o cidadão pode fazer valer em meios judiciais e não só. Há uma série de actos administrativos não elencados⁶⁸⁸ no artigo, que devem ser levados ao conhecimento dos seus destinatários, pelo que o legislador deveria consagrar de forma clara a notificação como regra, exemplificando algumas situações em que ela devia existir.

Por outro lado, ao nível das situações que podem gerar a dispensa da notificação encontramos alguns problemas próprios da nossa realidade, por exemplo a que a parece na alínea a) *quando sejam praticados oralmente na presença dos interessados*; como fazer prova da notificação em caso de impugnação do acto, em termos de datas? - que são importantes por causa de prazos de impugnação-, a menos que durante a notificação oral, as partes sejam obrigadas a assinar um documento como prova da notificação, alternativamente, esta regra deveria ser aplicada unicamente nas situações em que a decisão seja favorável aos cidadãos.

A alínea b) *quando o interessado, através de qualquer intervenção no procedimento, revele perfeito conhecimento do conteúdo dos actos em causa*; a administração não pode transferir o ónus⁶⁸⁹ para o cidadão. Ademais, ele pode revelar o conhecimento dos actos em causa, ficará algum registo que possa funcionar como meio de prova? Cremos que não, e se o cidadão revelar tal conhecimento por altura da audiência, nesta data mesmo sem decisão começa a contar os prazos para efeitos de recursos? Parece ser uma solução geradora de incongruências, que podem naturalmente ser evitadas. O cidadão pode alegar que não tem pleno conhecimento do conteúdo dos actos, quando na verdade a administração não o notificou porque presumiu que ele tinha domínio dos factos, como resultado ele fica sem conhecer o desfecho do procedimento e perde os prazos para eventualmente impugnar ou deixa de beneficiar dos efeitos do referido acto. Como resultado esta presunção afigura-se perigosa para o nosso contexto, pelo que deve urgentemente ser eliminada, porquanto a administração não pode, por motivos de falsa racionalização de meios, deixar de

⁶⁸⁸ Um acto administrativo praticado por iniciativa da administração que mantém benefícios dos cidadãos, sujeitos a renovação temporal, cujos efeitos começam a ser produzir a partir da sua notificação.

⁶⁸⁹ Ao nível da jurisprudência portuguesa, e sobre a questão o Acórdão nº 145/01.

cumprir as suas obrigações que no jogo de ponderações deverão prevalecer sobre os motivos que estão na base da consagração da alínea em questão.

Sobre a Administração impende o dever de garantir que de forma personalizada, a informação chegue ao seu destinatário, não podendo haver qualquer dúvida a respeito da sua recepção. Portanto, uma garantia ao serviço dos seus interesses que não se satisfaz com a divulgação da informação ao público, sem qualquer destinatário, antes pelo contrário, ela deve ser feita de forma individualizada.⁶⁹⁰ De tal sorte que os efeitos dos actos ficam dependentes da notificação suficiente ao destinatário.⁶⁹¹

As duas questões acima levantadas criam inúmeros problemas para os cidadãos, afectando o seu direito à informação, fundamentalmente porque em nada contribuem para a edificação da sua segurança jurídica nas relações com a Administração Pública.

Por detrás do direito à informação como já afirmamos, está a ideia da transparência, falando-se mesmo num direito à transparência que não deve ser exercido apenas por alguns cidadãos porquanto a realização deste valor interessa a toda sociedade e abrange um conjunto de matérias, que vão desde a publicização dos assuntos, a fundamentação das decisões administrativas, os impedimentos e as incompatibilidades para o exercício de cargos públicos etc.⁶⁹²

A fiscalização da actuação administrativa elenca-se no rol de objectivos que o acesso à informação administrativa pretende realizar, o que inegavelmente contribui para que os cidadãos reforcem a sua confiança e crença no trabalho realizado pela administração, obrigando-a a implementar as soluções mais eficazes para o interesse público.⁶⁹³

Já avançamos no decorrer deste trabalho várias ideias acerca do dever de justificação das decisões. O Decreto consagra algumas normas que orientam a administração por altura da fundamentação dos actos administrativos, artigos 67º e 68º. Precisamos de rever algumas ideias sobre a matéria, particularmente porque se defende a sua obrigatoriedade no caso de actos desfavoráveis aos cidadãos e de alguma forma a sua dispensa no caso de actos favoráveis aos cidadãos, é o que em termos gerais resulta

⁶⁹⁰ Sérvulo Correia, *Inexistência e Insuficiência de notificação do acto Administrativo*, Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2006, p 583.

⁶⁹¹ Sérvulo Correia, *Inexistência...ob cit...p 584.*

⁶⁹² Fernando Condesso, *Direito à informação administrativa*, Lisboa 1995, p 35.

⁶⁹³ Fernando Condesso, *Direito...ob cit...p 52.*

do artigo 67º. Importa frisar que a fundamentação não se apresenta apenas como uma garantia para o destinatário da decisão, os outros cidadãos podem por exemplo a partir dela retirar elementos para futuros pedidos à administração, ou ainda para impugnar este ou aquele elemento, na perspectiva de existir sempre o interessado e o contra-interessado. Se o acto for favorável, a administração fica dispensada de fundamentar e como é que os contra-interessados irão conhecer os contornos da decisão que lhe é desfavorável e como impugná-la? Por outro lado, à administração deve ser exigida fundamentação detalhada, discutindo todos os pontos levantados pelo cidadão, particularmente quando se vai decidir em sentido contrário ao seu pedido.⁶⁹⁴

É a partir da exteriorização da importância que tem o conhecimento para a realização do cidadão como pessoa, que se vão conceber determinados instrumentos para a tutela do direito à informação, na medida em que os tradicionais instrumentos, o recurso contencioso de anulação e outros não realizam da melhor maneira os interesses dos cidadãos a este nível. A intimação para prestação de informação realiza melhor o interesse do particular, porquanto a administração está vinculada a uma imposição a uma prestação que a obriga a realizá-lo. Por outro lado a falta de informação, dentro de determinado período de tempo, pode inutilizá-la.⁶⁹⁵

O nosso contencioso deveria, como forma de garantir e eficiência e eficácia na tutela deste direito, consagrar a intimação e outros mecanismos garantísticos, de qualquer forma enquanto não se institui deverá ser mantida a ideia segundo a qual a recusa ilegítima de informação gera nulidade, pois fere o conteúdo essencial de um direito fundamental. A anulabilidade só se justificaria nos casos em que não obstante recusa, a “falha possa ser emendada” sem influenciar temporalmente na decisão a tomar, fora disso não se justifica uma sanção menos gravosa que a nulidade. Tudo isso deve partir de uma perspectiva revolucionária, que aposta todos os seus créditos numa relação mais paritária e amigável entre a administração e os cidadãos.

⁶⁹⁴ Marta Portocarrero, A audiência dos interessados e o conteúdo da fundamentação, comentário ao Acórdão do STA de 13.4.2000, Caderno de justiça Administrativa nº 41 Setembro/Outubro 2003 p 24.

⁶⁹⁵ Sérvulo Correia, O direito dos interessados à informação ubi ius ibi remedium, comentário ao Acórdão do STA, de 2.5.1996, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 5 Set/Outubro 1997 p 9.

5. A relação Jurídica administrativa como instrumento de realização dos Direitos e interesses dos particulares no Procedimento Administrativo. Caminhos para construção de uma Administração paritária⁶⁹⁶ em Angola.

Neste último tópico da monografia faremos uma espécie de conclusões antecipadas na medida em que as ideias que apresentaremos, em parte traduzem os nossos desígnios para a Administração Pública Angolana, e que por isso podem ser enquadrados como centro de abordagem do presente trabalho. As ideias deste tópico representam o culminar de uma caminhada cujo objectivo é contribuir para tornar o nosso aparelho administrativo, mais eficiente e mais respeitador dos direitos fundamentais dos cidadãos. Do exposto fica claro que precisamos de reformar o nosso Direito Administrativo, tendo por referência para o efeito, os direitos fundamentais dos cidadãos e claro o interesse público.

As reformas que vimos defendendo assentam sobretudo em pressupostos culturais⁶⁹⁷, que serão determinantes para garantir que os modelos propostos se adequem ao nosso país, e realizem os objectivos a que nos propusemos, entretanto no meio de tanta incerteza um aspecto é certo, tais modelos ajustam-se à nossa realidade, sem prejuízo dos necessários recortes determinados pela realidade factual angolana. A questão cultural não oferece grandes problemas porquanto, o novo Direito Administrativo deverá igualmente desenvolver objectivos determinados pela cultura, fundamentalmente representados pela defesa do património cultural, através da criação de normas e de actuações que em parte visam preservar a identidade cultural de uma determinada nação.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ Expressão de autoria de Felciano Benvenuti, segundo Rui Machete no seu texto sobre a execução do acto administrativo, publicado na obra estudos de Direito Público, Coimbra editora 2004, nota nº 1.

⁶⁹⁷ “O recurso ao Direito estrangeiro e aos estudos comparativos nunca pode conduzir a uma colonização científica: eles ajudam a entender, permitem recolher e aprofundar novas perspectivas dogmáticas e novas soluções práticas, nunca exoneram o cientista, o legislador ou o juiz, todavia, de proceder a uma "adaptação" à realidade nacional - um país que não sabe preservar a sua identidade cultural e o seu património cultural, antes busca encontrar nos outros países soluções sem conteúdo material ou sem suporte na sua tradição histórico- cultural, é um país que, não merecendo o respeito, se condena ao desrespeito internacional”. Paulo Otero, Manual de Direito...ob cit..p 161

⁶⁹⁸ António Francisco de Sousa, Administração Pública e Direito Administrativo, novos paradigmas, Vida Económica, 2016, p 52.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana e seus inseparáveis direitos, obrigou a administração a rever os quadros da sua actuação, porquanto estava amplamente limitada pelos direitos fundamentais dos cidadãos, e ao invés de manter a postura unilateral e autoritária, porque não tinha outra alternativa, a administração teve de “descer da montanha” e aproximar-se ao cidadão ao contrário das concepções clássicas, que os encaravam como opositores. Como resultado a administração viu-se obrigada a colaborar com os cidadãos de modo a garantir que as suas impressões digitais estivessem marcadas em todos seus actos, como forma de legitimar o exercício da actividade administrativa⁶⁹⁹. É assim que se vai observar um pouco por todo mundo, um privilegiar das formas de actividades mais relacionais, e mesmo ao nível do acto administrativo, dar-se-á ao procedimento um destaque enquanto momento de contacto privilegiado entre o cidadão e a administração. A figura do contrato administrativo vai ganhando mais espaço, no entanto, os chamados poderes exorbitantes⁷⁰⁰ conferidos à administração vão-se reduzindo cada vez mais, na Europa⁷⁰¹ por exemplo e esquecida

⁶⁹⁹ “A modificação da Administração como poder e a posição de superioridade do Estado-Administração face aos particulares deixaram de ser as notas características necessárias das relações de Direito público administrativo. O acto administrativo unilateral como manifestação de autoridade aplicando a lei ao caso concreto, agora inserido num procedimento submetido ao contraditório e sofrendo a concorrência do contrato como instrumento jurídico alternativo, perde o seu lugar central no sistema. As relações administrativas, sobretudo quando se consubstanciam em prestações aos particulares no âmbito de serviços públicos, revestem cada vez menos o carácter de desigualdade que anteriormente as singularizava do Direito privado. Assiste-se à tentativas de afirmação de um novo paradigma tendencialmente paritário no relacionamento entre o cidadão e o Estado, gerando àquele verdadeiros direitos subjectivos efectivamente tutelados pelos tribunais. A participação dos interessados no procedimento generaliza-se, e a igualdade entre a parte pública e privada no contraditório do processo contencioso aproxima este da jurisdição civil. A organização administrativa diversifica-se e a sua unidade fragmenta-se. O Direito privado torna-se forma de agir das pessoas públicas em amplas áreas da sua actividade mesmo quando não se revestem de características empresariais, e são incompatíveis com a prossecução do interesse público. Procura-se introduzir o mercado nas actividades desenvolvidas independentes capazes de assegurar o cumprimento das regras de concorrência e a protecção dos utentes, agora vistos predominantemente como clientes. Fora do âmbito da justiça administrativa, onde a equiparação das partes conflituantes se impõe, parece certamente excessivo falar de paradigma paritário nas relações jurídicas entre a Administração e os particulares. Ma já é razoável reconhecer que, em múltiplas situações, o modelo hierárquico e autoritário, exacerbado ainda pelo construtivismo pós-pandectístico, foi substituído por esquemas de colaboração e negociação próprios de uma Administração de um Estado cooperativos. Essas alterações arrastam inevitavelmente consigo mudanças metodológicas e sistemáticas na dogmática jurídica, com nova sensibilidade à multiplicidade dos interesses públicos e particulares e aos princípios da justiça e da proporcionalidade, fazendo caducar velhos dogmas e conceitos”. Rui Machete, *O Direito Administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI*, Estudos de Direito Público, Coimbra editora 2004 p 279-280.

⁷⁰⁰ Sobre os poderes exorbitantes no contrato administrativo, Maria João Estorninho, *Requiem pelo contrato administrativo*, Almedina Coimbra, 2003 p 120 ss.

⁷⁰¹ Sobre a evolução do Direito europeu da Contratação Pública, Licínio Lopes Martins, *Empreitadas de obras públicas, o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina 2015 p 25 ss.

que foi a experiência do contrato administrativo⁷⁰² que ainda mantinha laivos de superioridade daquela relativamente aos cidadãos, a figura do contrato público⁷⁰³ alemão⁷⁰⁴⁷⁰⁵ vai ganhando cada vez mais espaço.

Para traduzir o fenómeno acima referido, a doutrina tem utilizado a expressão administração de consenso, para evidenciar acima de tudo, a abertura conferida pela legislação às administrações para celebrarem qualquer tipo de contrato, conjugada com a perspectiva de uma democracia procedimental de forma cada vez mais intensa na defesa dos seus interesses.⁷⁰⁶

Esta tendência abala os alicerces do Direito Administrativo de matriz francesa, porquanto considera hoje insustentável qualquer referência aos poderes unilaterais e autoritários da administração face a tendência cada vez mais paritária⁷⁰⁷ que se quer construir, levando mesmo a considerá-los subsidiários e privativos de um número reduzido de actos administrativos.⁷⁰⁸

Os alicerces do clássico Direito Administrativo são hoje postos a prova e muitos deles não resistem aos novos testes e desafios, a título de exemplo encontramos as novas compreensões da ideia da actuação unilateral, modernamente impõe-se a necessidade de maior responsabilização da administração pela violação das condições

⁷⁰² Sobre a história da utilização da figura do contrato administrativo em países como Itália e Alemanha, e que certa forma explicam a ideia aqui asseverada, Pedro Gonçalves, O Contrato Administrativo uma instituição do direito administrativo do nosso tempo, Almedina 2003 p 13ss. Sobre os vários sentidos do Contrato Público, Miguel Assis Raimundo, Formação dos Contratos Públicos, uma concorrência ajustada ao Interesse Público, aafdl 2013 p 38. Sobre as ideias que estão na base da contratação pública na Europa, sua compatibilização com os ordenamentos internos bem como os objectivos da regulação ao nível da matéria, Vera Eiró, A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes, Fundamento e pressupostos, Almedina 2013, p 40ss.

⁷⁰³ Sobre os contratos públicos, Pedro Gonçalves, Direito dos Contratos Públicos, Almedina 2015 p 20 ss.

⁷⁰⁴ Sobre o contrato jurídico-público alemão, Maria João Estorninho, Requem...ob cit...p 49ss.

⁷⁰⁵ “... Esta diferença permite, por outro lado, compreender que em França a preocupação fundamental tenha sido a de assegurar que a Administração não se comprometesse demasiadamente através da celebração de contratos com os particulares. Na Alemanha, pelo contrário, o principal problema foi sempre o de assegurar que o particular não fosse prejudicado pela celebração de contratos e que nestes fossem respeitados as garantias anteriormente previstas de forma minuciosa para a prática dos actos administrativos que os contratos agora vinham substituir”. Maria João Estorninho Requem...ob cit...p 48.

⁷⁰⁶ Pedro Miguel Matias Pereira, Os poderes contraente Público, no Código dos Contratos Públicos, Coimbra editora, 2011 p 16.

⁷⁰⁷ Assiste-se uma valorização crescente dos actos paritéticos, no agir administrativos. Sobre esta tipologia de actos, Rui Machete, Execução dos actos administrativos, alguns tópicos, Estudos de Direito Público, Coimbra editora 2004, p 17.

⁷⁰⁸ Bernardo Azevedo, Servidão de Direito Público, Contributo para o seu estudo, Coimbra editora 2005 p 251.

de exercício de tais poderes, tendo como parâmetro para declaração de tais violações a susceptibilidade de lesar direitos dos cidadãos.⁷⁰⁹

Como ficou claro na primeira parte, a sociedade evoluiu e com ela o Direito Administrativo como forma de corresponder da melhor maneira possível aos desafios que a referida evolução provocou⁷¹⁰, impondo igualmente uma nova forma de actividade administrativa assente na composição maioritariamente ponderada e pacífica dos vários interesses em jogo numa sociedade pluralista⁷¹¹. Por via de actos que ao mesmo tempo⁷¹² realizam interesses dos cidadãos -todos eles igualmente protegidos pelos seus direitos subjectivos que inevitavelmente se impõem à Administração Pública – a administração vai emitindo actos cada vez mais híbridos.⁷¹³

O cidadão hoje é titular de posições subjectivas⁷¹⁴ que pretende fazer valer nos mais variados domínios da actividade administrativa, sendo que por força destas, a administração não tem outra alternativa senão permitir que os direitos dos particulares se realizem de acordo com a sua fisiologia e fisionomia, tal qual estado de sujeição, destacando-se como tal os denominados direitos subjectivos absolutos, que têm como seu mais legítimo representante, o respeito pela dignidade da pessoa humana que cada vez mais se vai subjectivando.⁷¹⁵

Esta subjectivação alastra-se para outros domínios com destaque para o interesse público, conceito inicialmente concebido para estar serviço exclusivo da administração. Com a alteração dos paradigmas verificamos que deste e outros conceitos tendencialmente objectivistas resultam efeitos que os subjectivam, é por exemplo a ideia de exigir da administração a satisfação das necessidades ditadas pelo interesse público, resultando daí um poder ou faculdade para cobrar dela determinados comportamentos.⁷¹⁶ As normas administrativas, prosseguem contemporaneamente o interesse público e os interesses privados dos cidadãos por força dos seus direitos

⁷⁰⁹ Estêvão Nascimento da Cunha, *Ilegalidade externa do acto administrativo, e responsabilidade civil da administração*, Coimbra editora 2010 p 154.

⁷¹⁰ Mafalda Carmona, *O Acto...ob cit...p 17*.

⁷¹¹ Sérvulo Correia, *Direito Administrativo II, Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de ensino*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994, p 65.

⁷¹² Contemporaneamente interesses públicos e interesses privados.

⁷¹³ Mafalda Carmona, *O Acto...ob cit...p 19*.

⁷¹⁴ Sobre as posições dos particulares perante a Administração, Mário Aroso, *Anulação...ob cit...p 139 ss*.

⁷¹⁵ Paulo Otero, *Manual...ob cit...p 235*.

⁷¹⁶ Paulo Otero, *Manual...ob cit...p 90*.

subjectivos, podendo encontrar situações em que estes direitos subjectivos desde que bem fundamentados possam protelar ou reconfigurar os termos em que o interesse público é realizado.⁷¹⁷

A conhecida teoria da norma de protecção propicia o nascimento de novas formas de realização da dimensão subjectiva na actividade administrativa, contribuindo fortemente para a delimitação entre o lícito e o ilícito no âmbito desta, estes critérios estarão presentes inclusive nas actuações da administração ao abrigo de poderes discricionários, porquanto os direitos dos cidadãos⁷¹⁸ apresentam-se como verdadeiros limites ao exercício destes poderes.⁷¹⁹

O contacto cada vez mais diversificado entre a administração e os particulares irá gerar situações de sujeição, nos termos das quais, àquela não restará outro caminho senão o de sujeitar-se, isso acontece nas situações em que por exemplo o cidadão é titular de um direito potestativo, sendo a administração o sujeito passivo, como exemplo temos a imposição do funcionamento de um tribunal arbitral à administração.⁷²⁰

A Administração e os cidadãos estão todos vinculados às mesmas normas exercendo os mesmos direitos e estando obrigados pelos mesmos deveres, ademais não se pode *olvidar* que a moderna perspectiva antropocêntrica, influencia o modo de estar de qualquer instituição criada independentemente da sua natureza.⁷²¹ Ambos têm no direito o seu fundamento, apenas podendo praticar actos que encontrem correspondência com este.

O modelo de administração paritária de direitos e deveres recíprocos leva-nos para o domínio da relação jurídico-administrativa, que se vai guiar pelas ideias clássicas

⁷¹⁷ Rui Machete, A legitimidade activa dos particulares e a subjectivação das normas administrativas, Caderno de Justiça Administrativa nº 86, Março/Abril 2011, p 11.

⁷¹⁸ “A relevância das posições subjectivas, enquanto elemento integrador da juridicidade, é apenas um corolário da força axial e da centralidade que o princípio da dignidade da pessoa humana assume na configuração do Estado. A dimensão individual constitui sempre o ponto de partida e o objectivo final de toda a reflexão em torno do direito administrativo. A circunstância de o homem estar cada vez mais integrado em grupos e de as interacções que o condicionam assumirem dimensões à escala planetária, não pode levar a perder-se de vista que a sua dignidade é o ponto irreduzível e insolúvel da sua natureza. Nunca a dignidade da pessoa, e portanto a sua dimensão de liberdade, poderá submergir perante os putos e abstractos critérios quantitativos das maiorias”. Mário Jorge Lemos Pinto, Impugnação de normas e ilegalidade por omissão, no Contencioso Administrativo português, Coimbra Editora, 2008 p 132.

⁷¹⁹ Estêvão da Cunha, Ilegalidade...ob cit...p221-222-

⁷²⁰ Paulo Otero, Manual...ob cit...p 101 nota nº 296.

⁷²¹ Pedro Machete, Estado...ob cit...p444.

de gestão pública, embora tendo como base de inspiração, as directrizes provenientes do direito civil.⁷²²⁷²³

Por força do instituto, verifica-se um contacto que tende para uma unidade de acção entre cidadãos e administração, tornando-o mais eficiente porquanto, esta deve prestar contas de modo directo ao seu “cliente”, representado pela figura do cidadão. Por outro lado, o instituto permite que se tenha uma visão real dos problemas sociais⁷²⁴e consequente avaliação por altura da manifestação da vontade administrativa, na medida em que propicia a toma de uma decisão mais equilibrada, a “melhor para as suas partes” pois estas podem resultar de uma ampla negociação, aspecto que o direito privado melhor realiza e que aos poucos vai sendo transferido para o Direito Administrativo.

A figura da relação jurídico-administrativa é completamente desconhecida no ordenamento jurídico angolano, fruto da concepção de actividade administrativa reinante, não obstante, “involuntariamente” o legislador constitucional consagrou o instituto⁷²⁵ assim:

- a) A Constituição ao determinar a “dignidade da pessoa humana como base da República de Angola (artigo 1º) e ao estabelecer um Estado de Direito Democrático baseado no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 2º) que tem por tarefa fundamental a garantia dos direitos e liberdades fundamentais afasta de forma inequívoca a possibilidade do particular ser tratado como mero “objecto” do poder estadual,

⁷²² Bernardo Diniz Ayala, Monismo (s) ou dualismo (s) em Direito Administrativo. Gestão Pública, gestão privada e controlo jurisdicional da actividade administrativa, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora 2000, p 77.

⁷²³ “Em primeiro lugar, merece ser sublinhado que, na própria Teoria do Direito Civil, de onde é originária, a figura da relação jurídica tem vindo a ser reduzida a uma escala que já não corresponde ao papel de eixo dogmático central. Como escreve Menezes Cordeiro, «Convém focar que a relação jurídica é apenas uma das várias situações jurídicas possíveis. Pretender reduzir toda a realidade a relações jurídicas, para além das cesuras metodológicas, técnicas e significativo-ideológicas..., é irrealista e provoca distorções contínuas». O papel primordial cabe hoje – segundo aquele Autor – às situações jurídicas, qualquer das quais constitui o culminar de todo o processo de realização do direito, integrando a localização das fontes, a interpretação e a aplicação”. Sérvulo Correia, As relações jurídica administrativas de prestação de cuidados de saúde, p 3, <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/616-923.pdf>

⁷²⁴ Sérvulo Correia, As relações...ob cit...p 6.

⁷²⁵ Para esta questão socorremo – nos da construção efectuada pelo Professor Doutor Vasco Pereira da Silva, relativamente a Constituição Portuguesa na sua obra em busca...cit.. p 206 ss. A qual seguimos de perto.

impondo a sua consideração como sujeito de direito. A titularidade de direitos fundamentais tem como consequência dotar o indivíduo de um “estatuto” jurídico – constitucional que o coloca numa posição de igualdade à partida, relativamente aos demais sujeitos de direito;

- b) A Administração Pública é constituída por numerosos sujeitos jurídicos (artigo 199) que visam a prossecução do interesse público mas no respeito pelos direitos dos cidadãos (artigo 198) e cuja actuação se pauta por regras jurídicas (artigo 198 número 1). Os sujeitos de direito que integram a Administração Pública não têm assim assegurada, à partida nenhuma posição de superioridade fáctica ou jurídica relativamente aos sujeitos privados, e a própria ideia de “superioridade moral” dos interesses visados pelas autoridades administrativas realizada a custa dos interesses privados, deve ser afastada, uma vez que os interesses públicos só podem ser prosseguidos no respeito pelos direitos dos cidadãos (artigo 198 número 2).

A realização dos fins públicos não depende portanto, de um qualquer estatuto especial da administração, muito menos o interesse público pode ser prosseguido unilateralmente em detrimento dos direitos dos cidadãos, nem sequer a realização dos fins últimos das normas jurídico-administrativas depende em exclusivo das autoridades públicas, mas antes, na maior parte dos casos, da colaboração relacional de sujeitos públicos e privados.⁷²⁶

O cidadão e as autoridades administrativas são, em face da constituição sujeitos de direito autónomos, em identidade de posições de base, e que se relacionam juridicamente “de igual para igual”. A nível da legislação ordinária o conceito de relação jurídica é completamente desconhecido, tendo em conta o tipo de Administração que esta legislação pretendeu consagrar, onde ao particular é reservado o papel de “mero objecto”, as relações entre este e a administração são marcadas pela posição de superioridade desta.

⁷²⁶ Vasco Pereira da Silva, *Em busca...ob cit...* p 206.

Ao nível do sector da saúde, verificamos algumas particularidades que lhe são próprias e ajudam-nos a compreender a natureza da relação jurídico-administrativa. No caso em apreço, a fonte deverá ser a Constituição que consagra o direito à saúde como direito fundamental, que depois deverá ser concretizado por via de um conjunto de diplomas ordinários que lhe dão corpo em todas suas dimensões. Sob o Estado impende o dever de prestar e garantir que os cidadãos tenham acesso aos serviços de saúde e beneficiar das prestações oferecidas em condições de igualdade. Na prática vai se estabelecer uma verdadeira relação de cobranças recíprocas entre o cidadão que está em condições de exigir e os hospitais que devem cumprir, mas também podem cobrar o cumprimento de um conjunto de deveres que constituem encargos para o cidadão.⁷²⁷

O direito de beneficiar dos serviços está condicionado ao dever de pagar quando exigido por lei, os encargos decorrentes do acesso, são prova evidente que entre cidadãos e instituições de cuidados de saúde existirá uma relação de paridade e reciprocidade. Tais direitos e deveres são despoletados tão logo o cidadão mantenha o primeiro contacto com a instituição hospitalar, neste sentido algumas obrigações podem surgir supervenientemente por força de actos administrativos, do outro lado da moeda poderá estar um direito subjectivo público devidamente tutelado por normas de direito público emitidas pelo Estado. Daí exigir-se que o acesso do cidadão seja feito em total respeito daquelas normas, com isso são realizados simultaneamente os interesses público e privado.⁷²⁸

Ao nível do nosso ordenamento jurídico foram aprovados vários diplomas que asseguram a efectivação do direito à saúde, que em parte concretizam algumas das ideias acima apresentadas, com destaque para a Lei de bases do sistema nacional de saúde, Lei nº 21-B/92 de 28 de Agosto. Por exemplo o nº 2 do artigo 5º consagra o direito de os particulares exigirem que os serviços de saúde funcionem de acordo com os seus legítimos interesses, decorrendo desta norma verdadeiros deveres para o Estado angolano. O artigo 13º consagra os direitos e deveres dos utentes, destacando-se o direito de queixa e de ser indemnizado, pelos prejuízos sofridos. No lado oposto,

⁷²⁷ Maria João Estorninho e Tiago Macieirinha, Lições de Direito da Saúde, Universidade Católica editora 2014 p 208.

⁷²⁸ Sérvulo Correia, As relações...ob cit...p 27.

evidenciam-se o dever de respeitar os direitos dos outros utentes, e de pagar os encargos exigidos por lei.

As mais modernas tendências justificam igualmente as invasões do direito privado no âmbito do Direito Administrativo⁷²⁹ nas suas mais variadas dimensões, a relação jurídica não escapa a estas influências porquanto, na prática vai se verificando uma crescente utilização de instrumentos privatísticos nas relações jurídico-administrativas.⁷³⁰

Os novos ventos do Direito Administrativo⁷³¹ vão se manifestar em todos os seus domínios, a relação jurídica hoje é um conceito e instrumento aplicável a toda actividade administrativa, extensível inclusive à organização administrativa.⁷³² Ainda em relação ao novo paradigma, verifica-se que novas pessoas colectivas vão surgindo como forma de realizar da melhor maneira interesse público. As inovações verificam-se também, em sectores sensíveis como por exemplo a segurança social, onde se pretende que a actuação do Estado seja cada vez mais intensa e interventiva.⁷³³

Mesmo com o acto administrativo registam-se algumas alterações, fundamentalmente hoje que o estado se assume com uma faceta de regulador, neste sentido o instituto adquire outra configuração, apresentado-se como controlador da actividade dos particulares com o propósito de garantir que os objectivos da regulação sejam realizados e cumpridos. Assim, o acto administrativo acautela a compatibilização entre o interesse privado e o público, de modo que o particular mesmo prosseguindo o

⁷²⁹ Sobre o fenómeno em questão em particular no âmbito das relações jurídicas, Ana Raquel Coxo, *Direito Administrativo Privado*, contributos para a compreensão do direito sui generis, Nova causa edições jurídicas 2015, p 75 ss.

⁷³⁰ Uma crítica à definitividade, Luís Filipe Colaço Antunes, *A Ciência Jurídica Administrativa*, Almedina 2013, p 500.

⁷³¹ Sobre os principais reptos à reforma ou renovação do Direito Administrativo, José Eduardo Figueiredo Dias, *A reinvenção...ob cit..p 614 ss.*

⁷³² Sobre a figura da relação jurídica administrativa em vários domínios, Luís Cabral de Moncada, *A relação...ob cit.*

⁷³³ Licínio Lopes, *As Instituições particulares de solidariedade social*, Almedina 2005 p 82.

interesse individual realize também o interesse público⁷³⁴, sendo ele executor deste último interesse juntamente com a administração⁷³⁵.

Um sinal evidente de que as coisas têm estado a mudar reside exactamente na ideia da codeterminação do bem comum entre a administração e os particulares, de tal modo que a prossecução do interesse público⁷³⁶ não seja apenas missão estadual, antes passa a ser um desafio para qual a intervenção dos cidadãos nos vários níveis, releva-se indispensável para que os fins supremos do estado sejam realizados⁷³⁷.

Portanto, a relação jurídico-administrativa transforma-se no centro de abordagem da nova ordem administrativa e vai garantir que os contactos obrigatoriamente procedimentais entre a administração e os cidadãos se façam dentro de uma perspectiva de reciprocidades contribuindo assim para que as relações entre ambos se tornem paritárias. O procedimento administrativo como conceito central do Direito Administrativo surge agora revestido de um novo elemento que lhe irá conferir maior democraticidade e consequentemente legitimidade popular, eficiência e impor uma maior responsabilização no cumprimento dos desideratos que estão na base do surgimento do Direito Administrativo.

Portanto é sempre possível combinar elementos antes inconciliáveis; interesse público, interesse privado, legalidade, discricionariedade, acto administrativo, contrato administrativo, todos eles devidamente assessorados ou suportados pelo procedimento administrativo. Assim estaremos a dar ao novo Direito Administrativo a sua verdadeira utilidade para a sociedade. No entanto, precisamos de caminhar para que paulatinamente possamos trazer para o nosso ordenamento jurídico os ventos da mudança, para tal, devemos concentrar-nos em dois aspectos; a reforma das normas sobre o procedimento e efectuar um trabalho de base com a profundidade

⁷³⁴ Sobre as várias concepções de interesse público, e as limitações que lhe são imputadas por força do princípio da dignidade da pessoa humana, Domingos Soares Farinho, *Fundações e Interesse Público, Direito Administrativo fundacional- enquadramento dogmático*, Almedina 2012, p 328ss.

⁷³⁵ Marisa Apolinário, *O Estado regulador...* ob cit...p 430.

⁷³⁶ Devido a sua vocação subjectivista, o modelo alemão tem sido criticado por não defender da melhor maneira o interesse público. Para mais detalhes, Miguel Prata Roque, *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra editora, 2011 p 162 ss.

⁷³⁷ Pedro Machete, *A correlação entre a relação jurídica procedimental e a relação substantiva, Comentários vol II...* ob cit...p 140.

antropológica exigida, de modo a garantir que os funcionários públicos cumpram as suas funções, com zelo e dedicação e os cidadãos compreendam que devem fiscalizar a administração. Nestes termos impõe-se uma luta com o intuito de se aperfeiçoar a cultura jurídica entre nós.

IV.Conclusões.

No fim da empreitada cumpre asseverar o seguinte:

1. As alterações operadas na sociedade estão na base da mudança de paradigma que se efectuou ao nível do Direito Administrativo;
2. Este paradigma colocou no seu verdadeiro lugar, as formas por via das quais a administração exercia a sua actividade;
3. Com isso, o acto administrativo deixou de ser o principal meio de manifestação do exercício da actividade administrativa;
4. Os direitos fundamentais dos cidadãos constituem o principal “obstáculo” para a administração na busca desenfreada pelo interesse público;
5. A administração pública hoje subordina-se ao Direito na sua mais ampla dimensão, ao invés da simples lei;
6. Tal é que o costume, a própria jurisprudência e outros valores, apresentam-se como verdadeiros limites ao exercício dos poderes administrativos;
7. A administração está legitimada pelo direito a encontrar as melhores vias para a realização do interesse público;
8. Nestes termos, a discricionariedade é um meio que permite à administração adaptar-se ao caso concreto, facultando-a a possibilidade de exercer o poder administrativo de acordo com critérios casuísticos;
9. A reserva da administração não inibe a fiscalização do exercício dos poderes discricionários;
10. Os poderes constituídos estão todos limitados, e a reserva da administração não constitui excepção;
11. Nenhum acto do poder público escapa ao controlo do poder judicial, porquanto tal tarefa lhe foi superiormente atribuída pela Constituição;
12. Assim, sob pena de inconstitucionalidade, os tribunais estão obrigados a fiscalizar qualquer acto praticado pela administração;

13. Neste processo o juiz não vai averiguar a conformidade com a lei, irá sim controlar se o acto discricionário viola direitos fundamenais, se foi praticado por quem não tem competência, ou se o valor que realizou era conveniente etc;
14. O exercício desta tarefa não se confunde com activismo judiciário, que em níveis reduzidos e permitidos pode sim fazer parte do exercício da actividade jurisdicional;
15. A administração e os tribunais deverão na sua actuação diária, caso queiram tomar decisões ajustadas aos seus objectivos e finalidades, ponderar os vários interesses em jogo;
16. Para o efeito, terão ao seu dispor um conjunto de regras que facilitarão o manuseamento do instituto e garantirão o alcance de resultados satisfatórios;
17. Dentre as regras, destaca-se por motivos óbvios a exigência de fundamentação, assente na argumentação jurídica;
18. O procedimento administrativo assume-se um meio transversal ao exercício da actividade administrativa, o centro do novo Direito Administrativo em qualquer dos seus domínios;
19. O procedimento administrativo permite que se realizem vários interesses ao mesmo tempo, com particular destaque para o interesse público e os interesses privados;
20. Qualquer acto que se pratique no decurso do procedimento tem de respeitar os direitos dos cidadãos, que terão à sua disposição um conjunto de garantias para proteger os seus interesses;
21. São conhecidos os aspectos a partir dos quais se poderá falar de um procedimento administrativo justo e equitativo;
22. A participação dos cidadãos no procedimento não deve estar limitada à demonstração do interesse directo na decisão que se vai tomar;
23. Mais do que em outras alturas, a participação na gestão administrativa deve ser alargada para todos os cidadãos, como forma de garantir resultados qualitativamente virados para o interesse público;
24. A discricionariedade presente na instrução é limitada e controlável;
25. O Decreto-lei 16 a/95, assenta numa lógica excessivamente objectivista;

26. A Constituição da República de Angola inaugurou uma nova era no que ao relacionamento entre o cidadão e a Administração Pública diz respeito;
27. A regra da exigência do esgotamento das garantias administrativas para aceder aos tribunais é completamente desadequada;
28. O regime jurídico da reclamação e do recurso hierárquico precisa de ser revisto, pois está muito distante do cidadão;
29. A audiência do cidadão não deve ser a única forma de contacto entre o este e a Administração;
30. A tomada de uma decisão sem que ao cidadão seja dada possibilidade de pronunciar-se é inconstitucional;
31. O procedimento administrativo evidencia a existência da relação jurídica entre o cidadão e a administração pública, devidamente regulada pelo Direito Administrativo;
32. Por força disso, estão cada vez mais reduzidas as “hierarquias” no relacionamento entre cidadão e administração pública;
33. Prova disso é que hoje vamos assistindo a uma centuada penetração do direito privado em domínios antes exclusivamente administrativos;
34. Existem elementos que nos permitem afirmar claramente que temos condições para que se comece a falar efectivamente numa relação paritária entre administração e cidadãos;
35. A norma que consagra a discricionariedade, em si já estabelece limites para o exercício deste poder;
36. Em Angola o sector da saúde consagra ainda que “involuntariamente”, a figura da relação jurídico-administrativa com inúmeros elementos jurídicos reciprocamente exigíveis, entre o cidadão e a administração;

V.Bibliografia.

AIMMANN Eberhard Schmidt, La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa, DA 1993 nº 235-236.

ALESSI Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Bosch casa editorial 1976.

ALEXANDRINO José de Melo, A estruturação do Sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, vol I Almedina 2006.

ALEXANDRINO José Melo, Texto da palestra proferida na “Conferência Alusiva ao 2.º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola”, organizada pelo Tribunal Constitucional de Angola e pelo Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 5 de Agosto de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda.

ALEX Robert Teoria dos direitos fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros editores 2006.

ALFONSO Luciano Parejo, La nueva regulación del llamado silencio administrativo, Documentación Administrativa nº 254/255, 1999.

ALVES Nádia Castro de, crítica a ponderação de direitos fundamentais na Justiça constitucional Brasileira. Relatório de mestrado, faculdade de direito da universidade de Lisboa 2007.

ALMEIDA Mário Aroso de, Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes, Almedina 2002.

ALMEIDA Mário Aroso de, Sobre a Autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos, Almedina 1994.

ALMEIDA Mário Aroso de, Reinstrução do procedimento e plenitude do processo de execução das sentenças, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) de 29.1.1997, Caderno de Justiça Administrativa nº3, Maio/Junho 1997.

ALMEIDA Mário Aroso de, invalidade e ilicitude dos actos administrativo, Teoria geral do Direito Administrativo Almedina 2004.

ALMEIDA Mário Aroso de, Os Direitos fundamentais dos administrados após revisão constitucional de 1989, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume VI, 1992.

ALMEIDA Mário Aroso de, Considerações em torno de acto administrativo impugnável, in Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, vol II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2006.

ALMEIDA Mário Aroso de, Recurso hierárquico, acto tácito e condenação à prática de acto devido, comentários ao Acórdão do STA de 24.11. 2004, Caderno de Justiça Administrativa nº 53, Setembro/Outubro 2005.

ALMEIDA Mário Aroso de, princípio da legalidade e boa administração dificuldades e desafios, in Teoria Geral do Direito Administrativo, temas nucleares, Almedina 2012.

ALMEIDA Mário Aroso de *in* O Poder de execução coerciva das decisões administrativas Almedina 2011 p 30.

ALMEIDA Mário Aroso de, Manual de Processo Administrativo, Almedina 2012.

ALMEIDA Adão de, A suspensão judicial da eficácia no contencioso Administrativo Angolano, da excessiva protecção do interesse público à possibilidade de subjectivação do sistema in Estudos de Direito Público e matérias conexas, Casa das ideias 2009.

AMARAL Diogo Freitas do, a Última lição, Almedina 2007.

AMARAL Diogo Freitas do e **FEIJÓ** Carlos, Direito Administrativo Angolano, Almedina 2016.

AMARAL Diogo Freitas do Curso de Direito Administrativo, vol I, Almedina 2011.

AMARAL Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo vol II 2ª edição Almedina-Coimbra 2009.

AMARAL Diogo Freitas do, Conceito e natureza do recurso hierárquico, 2ª edição, Almedina 2005.

AMARAL Diogo Freitas do Introdução ao Estudo do Direito vol I, Almedina 2012.

AMARAL Diogo Freitas do, Apreciação da dissertação de doutoramento do Mestre Vasco Pereira da Silva, Revista Direito e Justiça, Universidade Católica Editora, Tomo X 1996 Tomo 2.

AMARAL Freitas do, O novo Código do Procedimento Adminsitrativo, Seminário Fundação Caloute Gulbenkian Lisboa 1993.

AMARAL Diogo Freitas do, Fases do Procedimento decisório de primeiro grau, Estudos de Direito Público e matérias afins vol I, Almedina 2004.

AMARAL Diogo Freitas do, Fases do Procedimento Administrativo do 1º grau, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica portuguesa vol VI 1992.

AMORIM João Pacheco, A instrução do procedimento: pareceres vinculativos e audiência dos interessados no Código de Procedimento Administrativo, Cadernos de Justiça Administrativa nº 82 Julho/Agosto 2010.

AMORIM João Pacheco, A Liberdade de Profissão, Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra editora 2001.

ANDRADE José Carlos Vieira de, O dever de fundamentação expressa de actos administrativos, Almedina, 2ª reimpressão 2007.

ANDRADE Vieira de, Justiça Administrativa (lições) 10ª edição Almedina, 2009.

ANDRADE Vieira de, Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4ª edição Almedina 2009.

ANDRADE Vieira de, A imparcialidade da Administração como princípio constitucional, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1974.

ANDRADE Vieira de, Nulidade e anulabilidade do acto administrativo - Ac. do STA de 30.5.2001, Caderno de Justiça Administrativa nº 43º, Janeiro/Fevereiro 2004.

ANDRADE Vieira de, A acção de Condenação à prática de acto devido, A reforma da justiça Administrativa, Studia Iuridica 86, Coimbra editora, 2004.

ANDRADE Vieira de, Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica 61, Coimbra editora, 2001.

ANDRADE José Carlos Vieira de, Lições de Direito Administrativo, versão digital.

ANDRADE José Robin de Andrade, A Revogação dos Actos Administrativos, 2ª edição Coimbra Editora, 1985.

ANDRÉ Adélio Pereira, Vinculação da Administração e protecção dos Administrados, Coimbra editora 1989.

ANTUNES Luís Filipe Colaço, O Direito Administrativo e a sua justiça no início do século XXI, algumas questões, Almedina 2001.

ANTUNES Luís Filipe Colaço, Para um contencioso administrativo de garantia do cidadão e da administração, Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração tradição e reforma, Almedina 2000.

ANTUNES Luís Colaço, O Direito Administrativo sem Estado, crise ou fim de um paradigma?, Coimbra Editora, 2008.

ANTUNES Luís Filipe Colaço, A Ciência Jurídica Administrativa, Almedina 2013

ANTUNES Luís Filipe Colaço, o Procedimento Administrativo de avaliação de impacto ambiental, Almedina 1998.

ANTUNES Luís Filipe Colaço, A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo, para uma legitimação procedimental, Almedina Coimbra 1989.

ANTUNES Luís Filipe Colaço, O Juiz Administrativo, súbdito da prova procedimental? Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano Volume II, 2006.

ANTUNES Tiago, A decisão do procedimento de avaliação de Impacto ambiental, in revisitando a avaliação de impacto ambiental, icjp, 2013 p 239ss.
https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_aia.pdf

ANTUNES Tiago, A decisão no novo Código do Procedimento Administrativo, Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo vol II aafdl 2013.

APOLINÁRIO Marisa, O Estado regulador: o novo papel do Estado, análise da perspectiva da evolução recente do Direito Administrativo o exemplo do sector da energia, Almedina, 2016.

ARAÚJO Raul e **NUNES** Elisa Rangel, Constituição da República de Angola anotada tomo I, Luanda 2014.

ARAÚJO Raúl Carlos Vaques, O Presidente da República no sistema político angolano, Almedina 2017.

ÀVILA Ana Paula Oliveira, O Princípio da impessoalidade da Administração Pública, para uma Administração imparcial, Renovar 2004.

AYALA Bernardo Diniz, Monismo (s) ou dualismo (s) em Direito Administrativo. Gestão Pública, gestão privada e controlo jurisdicional da actividade administrativa, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora 2000.

AZEVEDO Bernardo, Servidão de Direito Público, Contributo para o seu estudo, Coimbra editora 2005 p 251.

BARACHO José Alfredo de Oliveira, Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública, R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, Jan/Mar. 1997.

BARBOSA Paula, Acção de condenação a prática de acto Administrativo legalmente devido, aafdl, Lisboa 2007.

BARNES Javier, Tres generaciones de procedimiento administrativo, *in* Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, editorial Universitaria de Buenos aires, 2011.

BARROSO Luís Roberto e **BARCELLOS** Ana Paula de o começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro A nova interpretação constitucional ponderação direitos fundamentais e relações privadas 3ª edição revista editora renovar 2008.

BARROSO Luís Roberto Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>

BENGUI António, Experiência constitucional angolana e a justificação dos direitos fundamentais, Mayamba 2012.

BIAGUE João, Controlo jurisdicional da Administração Pública na Guiné-Bissau, Almedina 2013.

BINENBOJM Gustavo, O sentido da vinculação Administrativa à juridicidade no Direito brasileiro, *in* Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto, Direito Administrativo seus novos paradigmas Belo Horizonte Fórum 2008.

BOTELHO Catarina Santos, Os direitos sociais em tempo de crise, Almedina 2015.

BOTELHO Catarina Santos, Tutela Directa dos Direitos fundamentais, avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional, Almedina 2010.

BLANKE Hermann-Josef La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Margenes de discrecionalidad y de apreciación *in* Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa: presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo / coordinado por Pedro Aberastury y Herman Josef Blanke. 1ª ed. - Buenos Aires : Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

BROHM Winfreid, Sobre la aceleración de los procedimientos administrativos, Documentación Administrativa nº 235-236 (julio-diciembre 1993).

BUANGE Camilo Gomes, O exercício do poder decisório em matéria administrativa na Assembleia Nacional de Angola, um imperativo de normalização? Assembleia Nacional 2012.

CADILHA Carlos Alberto, Regime da responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades Públicas, anotado, Coimbra Editora 2008.

CADILHA Carlos Alberto Fernandes , O silêncio Administrativo, Caderno de Justiça Administrativa nº 28, jul/Agosto 2001.

CAETANO Marcello, Manual de Direito Administrativo vol II, Almedina Coimbra 2010.

CAETANO Marcello, Manual de Direito Adminsitrativo, vol I, 10ª edição (reimpressão) Almedina Coimbra 2010.

CHAVEIRO Joneval Junio, O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. RDDA, v. 2, n. 1, 2015 p 428-429.

CALVÃO Filipa Urbano, Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo, Universidade Católica Portuguesa, 1998.

CALVÃO Filipa Urbano, O procedimento administrativo como instrumento de coordenação de competências, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª secção) de 13.2.2001, *in* Caderno de Justiça Administrativa nº 32 Março/Abril 2002.

CANARIS Claus- Wilhem, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito, versão portuguesa traduzida por Menezes Cordeiro, 4ª edição Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANAS Vitalino, tese de Doutoramento faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, subordinada ao tema: O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de actos legislativos, 2016.

CANOTILHO José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina 2003.

CANOTILHO José Joaquim Gomes, Constituição e défice Procedimental, Estudos sobre Direitos Fundamentais, 2ª edição Coimbra editora 2008.

CANOTILHO José Joaquim Gomes, Constituição dirigente e vinculação do legislador, contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra editora 1994.

CARDOSO José Martins Lucas, Do Problema dos conceitos jurídicos indeterminados em Direito Administrativo, Para uma análise dos limites funcionais da jurisdição administrativa, Relatório elaborado no âmbito do seminário de Direito Administrativo, orientado pelo Prof. José Manuel Sérvulo Correia, do Curso de Mestrado em Ciências do Direito Público da Universidade Lusíada no ano lectivo de 1992/1993.

CARDOSO José Lucas, *Autoridades Administrativas independentes e Constituição*, Coimbra editora, 2002.

CASSAGNE Juan Carlos *El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia, Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, editorial Universitaria de Buenos aires, 2011.

CARVALHO Raquel, *As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*, Almedina 2010.

CARVALHO Raquel, *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, Universidade Católica Editora 2014.

CARVALHO, Raquel, *o Direito à informação Administrativa procedimental*, Publicações Universidade Católica 1999.

CARVALHO Raquel, *Os Direitos à informação administrativa, comentários ao Acórdão do STA de 7.6.2001*, Cadernos de Justiça Administrativa nº 33, Maio/Junho de 2002.

CARVALHO Paulo Filipe Ferreira, *A ponderação de bens em Direito Administrativo*.

CASTRO Catarina Sarmento e, *Direito à informação procedimental: os interesses e os interessados. Todos diferentes, todos iguais?* comentário ao Acórdão do STA de 6.4.2000, Caderno de Justiça Administrativa nº 31 Janeiro/Fevereiro 2002.

CASTRO Ana Paula Soares da Silva de, *O princípio do devido processo legal e a instrumentalidade do processo*". http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6476&revista_caderno.

CASTRO Raquel Briza, *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almendina 2016.

CAUPERS João, *Os princípios gerais do procedimento e o Direito à informação*, Seminário sobre Procedimento Administrativo, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1992.

CAUPERS João, *Introdução ao Direito Administrativo* 10ª edição, Âncora 2009.

CAUPERS João, *O controle jurisdicional da Administração Pública nos Estados lusófonos*, Cadernos de Justiça Administrativa nº 3, Maio/Junho de 1997.

CAUPERS João, *Introdução à Ciência da Administração Pública*, Âncora editora, 2002.

CID Clarissa Filipe, *Princípio da legalidade administrativa: da legalidade a juridicidade*. http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14132

CARMONA Mafalda, *O Acto Administrativo conformador das relações de vizinhança*, Almedina 2011.

COIMBRA José Duarte, A «legitimidade» do Interesse na Legitimidade Activa de Particulares para impugnação de actos administrativos 2013.

Comentários À revisão do Código de Procedimento Administrativo, com Fausto de Quadros, José Manuel Sérvulo Correia, Rui Machete, Vieira de Andrade Maria da Glória Dias Garca, Mário Aroso de Almeida, António Henriques José Miguel Sardinha. Almedina 2016.

CONDESSO Fernando , Direito à informação administrativa, Lisboa 1995.

CORREIA Sérvulo, Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos Almedina 1987.

CORREIA Sérvulo, Direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa, *ina*, nº 9/10 Janeiro. Junho 1994 p 138.

CORREIA Sérvulo, Impugnação dos actos administrativos, Caderno de Justiça Administrativa nº 16, Julho/ Agosto 1999.

CORREIA Sérvulo, A Conferência Procedimental; Fontes e Opções, in Liber Amicorum Fausto Quadros, vol II Almedina, 2016, p 17-43.

CORREIA Sérvulo, Inexistência e insuficiência de notificação do acto administrativo, *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello, vol I Coimbra Editora 2006.

CORREIA Sérvulo, Direito Administrativo II, Relatório sobre programa, conteúdos e métodos de ensino, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994.

CORREIRA Sérvulo, O direito dos interessados à informação *ubi ius ibi remedium*, cometário ao Acórdão do STA, de 2.5.1996, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 5 Set/Outubro 1997.

CORREIA Sérvulo, Conceitos Jurídicos Indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 70, Julho/Agosto, 2008.

CORREIA Sérvulo, O incumprimento do dever de decidir, Caderno de Justiça Administrativa nº 54 Novembro/Dezembro 2005.

CORREIA Sérvulo, As relações jurídica administrativas de prestação de cuidados de saúde, p 3, <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/616-923.pdf>

CORREIA Adérito e **SOUSA** Bornito de, Angola História Constitucional, Almedina Coimbra 1996.

CORREIA Fernando Alves, O Plano Urbanístico e o Princípio da igualdade, Almedina 1997.

CORREIA Fernando Alves, Alguns conceitos de Direito Administrativo, Almedina 2001.

CORREIA Jorge Alves e **ISENBERG** Andreas, Lei Alemã do Procedimento Administrativo, Guia de leitura e anotações, Almedina 2016.

CORTÊS António, Jurisprudência dos Princípios Universidade Católica editora 2010.

CORTEZ Margarida, A inactividade formal da Administração como causa extintiva do Procedimento e as causas e consequências, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra editora 2001.

COSTA Regina, Conceitos jurídicos e discricionariedade, Justiça, São Paulo Janeiro/Março, 1999.

COUTINHO Juliana Ferraz, O Público e o Privado na Organização Administrativa, da relevância do sujeito à especialidade da função, Almedina 2017.

COXO Ana Raquel, Direito Administrativo Privado, contributos para a compreensão do direito sui generis, Nova causa edições jurídicas 2015.

CRORIE Benedita Mac, Limites da Renúncia a Direitos fundamentais nas relações entre particulares, Almedina 2017.

CRUZ Bárbara Maria da Silva, Constitucionalismo. Desafios emergentes da era da Globalização, in Teoria da argumentação e Neo- constitucionalismo, Almedina 2011.

CUÉLLAR Leila, O poder normativo das agências reguladoras norte-americanas, Estudos de regulação Pública – I, Coimbra editora, 2004.

CUNHA Paulo Ferreira da, O Procedimento Administrativo, Almedina Coimbra 1987.

CUNHA Estêvão Nascimento da, Ilegalidade externa do acto administrativo, e responsabilidade civil da administração, Coimbra editora 2010.

DAMIÃO João, A precedência obrigatória no Contencioso Administrativo Angolano, contributo para a criação de um Contencioso Administrativo adequado ao Estado de Direito, Almedina 2014.

DE BRITO Miguel Nogueira, Originalismo e interpretação constitucional, in sub Júdice Judicial Review, o sonho Americano, sub judice, justiça e sociedade, 1998, Janeiro/Junho nº 12.

DOMINGO Ricardo de Vicente, Discrecionalidad e Inactividad. El principio del actuación suficiente de la Administración, Revista Española de Derecho Administrativo nº 165, Jul/Set 2014.

DOS REIS Jorge Renato e **ZIEMANN** Aneline dos Santos, A teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e a sua aplicação prática: Constitucionalização do Direito e Ponderação.

DUARTE David Procedimentalização participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório, Almedina 1996.

DUARTE David, Alguns problemas relativos à autovinculação administrativa. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) de 5.3.1997, Caderno de Justiça Administrativa nº 6 nov/dez 1997.

DUARTE David, A norma de Legalidade Procedimental Administrativa, a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória, Almedina 2006.

DURAND Julio C. El procedimiento administrativo en la argentina, Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, editorial Universitaria de Buenos aires, 2011.

EIRÓ Vera, A obrigação de indemnizar das entidades adjudicantes, Fundamento e pressupostos, Almedina 2013.

ENGISCH Karl, Introdução ao pensamento jurídico 10ª edição, versão portuguesa traduzida por Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRÍA Eduardo Garcia de e **FERNÁNDEZ** Tomás – Ramón, Curso de Derecho Administrativo vol II 14ª edición, Thomson Reuters Civitas 2015.

ESTEVES Maria da Assunção A., Limites do poder do parlamento e o Procedimento decisório da co-incineração, Estudos de Direito Constitucional, Coimbra editora 2001.

ESTEVES Maria de Assunção, Legitimação da Justiça constitucional e princípio da maioria in legitimidade e legitimação da justiça constitucional colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional Coimbra editora 1995.

ESTORNINHO Maria João, Curso de Direito dos Contratos Públicos, Almedina 2013.

ESTORNINHO Maria João, A fuga para o Direito Privado Almedina 2009.

ESTORNINHO Maria João e **MACIEIRINHA** Tiago, Lições de Direito da Saúde, Universidade Católica editora 2014.

FÁBRICA Luís, Caducidade no Direito Administrativo, V encontro de professores de Direito Público, ICJP e FDUL 2012 ebook.

FÁBRICA Luís, Acto definitivo e recurso de mera anulação no pensamento de Marcello Caetano, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, vol II 2006.

FARIAS Edilson Pereira de, Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FARINHO Domingos Soares, Fundações e Interesse Público, Direito Administrativo fundacional- enquadramento dogmático, Almedina 2012.

FEIJÓ Carlos, Coexistência normativa entre o Estado e as autoridades tradicionais na ordem jurídica plural Angolana, Almedina 2012.

FEIJÓ Carlos, in Procedimento Administrativo e Contencioso Administrativo, Ministério da Administração Pública Emprego e Segurança Social, Luanda 1999.

FEIJÓ Carlos, Caracterização geral da Justiça Tributária, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusíadas de Angola, 2005.

FEIJÓ Carlos e **POULSON** Lazarino, A Justiça Administrativa Angolana, lições, Casa das Ideias, 2011.

FERNANDEZ Elizabeth, O Procedimento Administrativo como realidade flexível, breves notas sobre o princípio da dequação procedimental, Comentário ao novo Código de Procedimento Administrativo, vol I, AAFDL, 3ª Edição 2016.

FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Sobre los limites constitucionales del poder discrecional revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 187, Madrid, enero-abril, 2012.

FERREIRA Fernanda Macedo, Actuação administrativa prater legem; em busca da efectivação dos direitos fundamentais pela administração pública, Curitiba 2015.

FIGUEIREDO DIAS José Eduardo e **OLIVEIRA** Fernanda Paula, A Discricionariedade Administrativa, Scientia Iuridica – T. XLVIII, 1999 nº 280/282.

FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo, Relevância prática da Intimação para a consulta de documentos na garantia jurisdicional do direito à informação dos administrados,

comentário ao Acórdão do STA, Cadernos de justiça Administrativa nº 5, Setembro/Outubro 1997.

FIGUEIREDO DIAS José Eduardo, O direito à informação no novo Código de Procedimento Administrativo, comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo aafdl 2016.

FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo, A Reinvenção da autorização administrativa no Direito do Ambiente, Coimbra Editora 2014.

FILHO José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo* 2013.

FOLQUE André, A tutela Administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios, Coimbra editora, 2004.

FONSECA Isabel Celeste, Processo temporalmente justo e urgência, contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa. Coimbra editora 2009.

FONSECA Isabel Celeste, Repensar as impugnações administrativas entre a efectividade do processo e a unidade da acção administrativa, Caderno de Justiça Administrativa nº 82 Julho/ Agosto 2010.

FONSECA Isabel Celeste, Direito da Organização Administrativo, roteiro prático, Almedina 2012.

FONSECA Isabel Celeste e **AFONSO** Osvaldo da Gama, Direito Processual Administrativo Angolano, Almedina 2013.

FONSECA Rui Guerra da, Fundamento da autotutela executiva da Administração Pública, Almedina 2012.

FONTES José, Curso sobre o Código do Procedimento Administrativo, 4ª edição revista e actualizada, Coimbra editora 2012.

FREITAS Dinamene de, o Acto Administrativo inconstitucional, Coimbra editora 2012.

FREITAS Juarez, Controle Administrativo da constitucionalidade, *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, vol II, Coimbra editora 2012.

FREITAS Juarez, O poder de polícia Administrativa e o primado dos direitos fundamentais no sistema brasileiro, Scientia Iuridica- Tomo LIV, 2005 nº 301.

FREITAS Lourenço Vilhena de, A globalização e europeização do Direito Administrativo e o seu influxo na teoria do procedimento administrativo, *in* Liber amicorum Fausto Quadros, vol II Almedina 2016.

FREITAS Lourenço Vilhena de, Os Contratos de Direito Público da União Europeia, no quadro do Direito Administrativo Europeu, vol II, Coimbra editora 2012.

FREITAS Lourenço Vilhena de, O Poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração (e as garantias contenciosas do seu Co-contratante perante este exercício) aafdl Lisboa 2007.

FREITAS Juarez, Os actos Administrativos e a discricionariade vinculada aos princípios. *In* Estudos de Direito Administrativo, Malheiros, 1995.

GABARDO Emerson, Princípio constitucional da eficiência administrativa, Dialéctica São Paulo, 2002.

GALLETA Diana-Urania, La Ley Italiana 241/90 de Procedimiento Administrativo, Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, editorial Universitaria de Buenos aires, 2011.

GAMA João Taborda da, Promessas Administrativas, Coimbra editora 2008.

GARCIA Maria da Glória Pinto Dias, Da justiça Administrativa em Portugal, sua origem e evolução, Universidade Católica editora 1994.

GARCIA Maria da Glória, Os procedimentos cautelares. Em especial, a suspensão da eficácia do acto administrativo, Direito e Justiça Volume X 1996 Tomo I

GOMES Carla Amado, A decisão do procedimento em prazo razoável: uma nova responsabilidade administrativa, Responsabilidade Civil Extracontratual das entidades Públicas, ICJP 2013 p 29-30.

http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/dirrespciv_ebook_completo.pdf

GOMES Carla Amado, Risco e Modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente, Edição digital (e-book) Lisboa - Setembro de 2012.

GOMES Carla Amado, Contributo para o Estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional, Coimbra editora 1999.

GOMES Carla Amado, Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das entidades Públicas, Lisboa 2010.

GOMES Carla Amado, Repensar o Código do Procedimento Administrativo – A decisão do procedimento, Caderno de Justiça Administrativa, nº 82 Julho/Agosto 2010.

GOMES José Osvaldo, Fundamentação do Acto Administrativo, Coimbra editora 1981.

GONÇALVES, Pedro, Notificação dos administrados (notas sobre a génese, âmbito, sentido e consequências, de uma imposição constitucional), ab vno ad omnes, nos 75 anos da Coimbra editora, Coimbra editora, 1998.

GONÇALVES Pedro, Apontamentos sobre a função e natureza dos pareceres vinculantes, Caderno de justiça Administrativa nº O 1996.

GONÇALVES Pedro, Direito dos Contratos Públicos, Almedina 2015.

GONÇALVES Pedro, O Contrato Administrativo uma instituição do direito administrativo do nosso tempo, Almedina 2003.

GONÇALVES Pedro, Pedro Gonçalves, Entidades Privadas com Poderes Públicos, o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas, Almedina, reimpressão da edição de 2005, feita em 2008.

GRANDO Artur António, O Princípio da Imparcialidade como limite ao exercício do poder discricionário, Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos, N.OS 18/21 2012.

GUIMARÃES Ana Luísa, O carácter excepcional do Acto Administrativo contratual no Código dos Contratos Públicos, Almedina 2012.

HABERMAS Jurgen, Um ensaio sobre a Constituição da Europa, edições 70 2012.

HARET Florence, Presunções no Direito Tributário, teoria e prática, Universidade de São Paulo 2010.

HENRIQUES Sofia, A tutela cautelar não especificada no novo contencioso administrativo português, Coimbra editora 2006.

JINETA Ernesto, L. Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Costa Rica *in* Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, editorial Universitaria de Buenos aires, 2011.

JOÃO Domingos Francisco, Temas essenciais do Direito da Economia Angolana, Escolar editora, 2014.

JORGE Edmar Barreto, A Teoria do Acto Lesivo vs Teoria da Definitividade e Executoriedade do Acto Administrativo – Discussão à Luz do Ordenamento Jurídico Moçambicano, Revista Científica do ISCTAC, Vol. 3, nº 08, Ano III, Abril - Junho de 2016.

JUCURU Vítor Aguiar, Princípio da Participação, disponível em: [https://wikilaw.fd.uc.pt/mediawiki/index.php/Princípio da Participação](https://wikilaw.fd.uc.pt/mediawiki/index.php/Princípio_da_Participação)

JÚNIOR José Cretella, Prática do processo administrativo.

KIRBY Mark Bobela- Mota, Contratos sobre o exercício de poderes Públicos, Coimbra editora, 2011.

KLENNER Claudio Moraga, Procedimiento administrativo chileno, Tendencias actuales del procedimiento administrativo em Latinoamérica y Europa, Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke (Coordinadores), Eudeba Universidad de Buenos Aires, 2011.

KRIELE Martin Libertad Y Dignidad de la persona humana. Ponencia presentada a las Jornadas Internacionales de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en Pamplona los días 6 y 7 de febrero de 1981. Traducción de José M, Beneyto.

LANCEIRO Rui Tavares, A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, *in* Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia vol I Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2010.

LARENZ Karl, Metodologia da Ciência do Direito, 5ª edição, versão portuguesa traduzida por José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LAWSON Michael Nunes, O Tribunal da SADC e Mike Campbell, Anuário Brasileiro de Direito Internacional, ISSN 1980-9484, vol.2, n.21, jul. de 2016.

LAZZARINI Álvaro, Do procedimento administrativo, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. v. 212, abr./jun. 1998.

LEITÃO Alexandra, Contratos interadministrativos, Almedina 2011.

LEITÃO Alexandra, A Protecção Judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública, Almedina p 2005.

LOPES Pedro Moniz, Princípio da boa fé e decisão administrativa, Almedina 2011.

LOPES Pedro Moniz, Derrotabilidade normativa e normas administrativas, Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2012.

LOPES Marcy, O Princípio da tutela jurisdicional efectiva no Contencioso Administrativo de mera legalidade, o caso angolano, nota de rodapé nº 132, Estudos de Direito Público, Coimbra 2011.

LOUREIRO João Carlos Simões Gonçalves, O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1992.

LUÍS Sandra Lopes, As medidas provisórias no novo CPA, in Comentário ao novo Código do Procedimento Administrativo, aafdl 2016.

MAÇÃS Maria Fernanda, Tutela judicial efectiva e suspensão da eficácia: balanço e perspectivas, Caderno de Justiça Administrativa, nº 16, Julho/Agosto 1999.

MACHADO Baptista, Participação e descentralização democratização e neutralidade na Constituição de 76, Almedina Coimbra 1982.

MACHADO Jónatas, **COSTA** Paulo Nogueira da e **MACAIA** Osvaldo Lemos, Direito Fiscal Angolano, 2ª edição, Petrony, 2017.

MACHETE Pedro, Estado de Direito Democrático e Administração Paritária. Almedina, 2007.

MACHETE Pedro, A correlação entre a relação jurídica procedimental e a relação substantiva, Comentários ao novo código de procedimento administrativo aafdl 2013vol II.

MACHETE Pedro A Audiência dos interessados no procedimento administrativo, Universidade Católica portuguesa, 1996.

MACHETE Pedro, Notificação deficiente do acto Administrativo- articulação entre meios administrativos e contenciosos, Caderno de Justiça Administrativa, nº 75 Maio/Junho 2009.

MACHETE Pedro, A Audiência dos interessados nos procedimentos de concurso público, Ac do STA de 5.12.96, Caderno de Justiça Administrativa nº 3, Maio/Junho 1997.

MACHETE Pedro, Um procedimento indevido é igual a um procedimento inexistente? A questão da nulidade – inexistência: teoria da essencialidade funcional vs. Teoria da essencialidade estrutural. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, (1ª secção) de 11.11. 2003, *in* Cadernos de Justiça Administrativa nº 66 Dez 2007.

MACHETE Rui, A legitimidade activa dos particulares e a subjectivação das normas administrativas, Caderno de Justiça Administrativa nº 86, Março/Abril 2011.

MACHETE Rui, O Direito Administrativo português no último quartel do século XX e nos primeiros anos do século XXI, Estudos de Direito Público, Coimbra editora 2004.

MACHETE Rui, A execução do acto administrativo, publicado na obra estudos de Direito Público, Coimbra editora 2004.

MACIE Albano, Lições de Direito Administrativo vol I, Escolar editora 2012.

MACIEIRINHA Tiago, A audiência dos interessados e o direito fundamental ao ambiente, anotação ao Acórdão no Supremo Tribunal Administrativo 1ª secção de 22.1.2004, Caderno de Justiça Administrativa nº 51, Maio/Junho 2005.

MARTINS Licínio Lopes, Empreitadas de obras públicas, o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro), Almedina 2015.

MARTINS Licínio Lopes, As Instituições particulares de solidariedade social, Almedina 2005.

MARQUES Francisco Paes, As relações jurídicas Administrativas multipolares, contributo para sua compreensão substantiva, Almedina 2011.

MARQUES Francisco Paes, A efectividade da tutela de terceiros no contencioso administrativo, Almedina 2007.

MARQUES Francisco Paes, Os interessados no novo Código de Procedimento Administrativo, *in* Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo vol I 2016.

MARTINHO Helena Gaspar, Indeterminação do Direito e activismo judicial, *in* teoria da argumentação e neo – constitucionalismo, Almedina 2011.

MATOS André Salgado, A fiscalização Administrativa da Constitucionalidade Almedina 2004.

MATOS André Sagado, Princípio da legalidade e omissão regulamentar, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano vol I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

MAZUR Maurício, A cultura de direitos humanos no tratamento do direito à habitação na África do Sul, Os Direitos Humanos em África, Coimbra editora 2011.

MEDEIROS Rui, A decisão de inconstitucionalidade, Lisboa, 1999.

MEDEIROS Rui, Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos, ensinar e investigar, Universidade Católica de Lisboa Editora, 2005.

MEDEIROS Rui, Estrutura e âmbito da acção para o reconhecimento de direitos RDES, Ano XXXI, nºs 1-2 Coimbra, Janeiro/ Junho de 1989.

MEDAUAR Odete, Direito administrativo moderno. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MEDUAR Odete, Administração pública ainda sem democracia. Problemas Brasileiros, São Paulo, a. 23, n. 256, p. 37-53., mar./abr. 1986.

MEDUAR Odete, O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEDAUAR Odete, A Processualidade no Direito Administrativo. 1ªed., 1993, Editora Revista dos Tribunais.

MELLO Celso António Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, 2005.

MELLO Celso Bandeira de, Curso de Direito Administrativo 31ª edição Malheiros editores 2014.

MENDES Paulo de Sousa, O Procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência, Direito sancionatório das autoridades reguladoras, Coimbra editora 2009.

MENDIBLE Victor Hernández-, Tendencias de los procedimientos administrativos en Venezuela, Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, editorial Universitaria de Buenos aires, 2011.

MERKL Adolfo, Teoría General del Derecho Administrativo. Granada, Comares, 2004.

MESQUITA Maria José Rangel de, O regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades Públicas e o Direito da União Europeia, Almedina 2009.

MIRANDA João, Em defesa da inconstitucionalidade do recurso hierárquico necessário, comentário ao Acórdão do STA de 15.1.1997, Caderno de Justiça Administrativa, Maio/Junho de 1998.

MIRANDA João, A Função Pública Urbanística e o seu Exercício por Particulares, Coimbra editora 2012.

MIRANDA João, A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial - A Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos, Coimbra editora 2002.

MIRANDA Jorge, Manual de Direito Constitucional Tomo VII, Estrutura constitucional da Democracia, Coimbra editora, 2007.

MIRANDA Jorge, Liberdade de trabalho e profissão, Revista de Direitos e Estudos sociais nº 2 1998.

MOCO Marcolino, Estudos jurídicos, vol I, Jurisprudência Administrativa Metodologia Jurídica, Caxinde 2008.

MOCO Marcolino, Direitos Humanos e seus mecanismos de protecção, as particularidades do sistema africano, Almedina 2010.

MONIZ Ana Raquel Gonçalves, A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade, Coimbra, 2012.

MONCADA Luiz Cabral de, Autoridade e liberdade na teoria do acto Administrativo, Coimbra editora 2014.

MONCADA Luís Cabral de, Procedimento Normativo e Legalidade, uma perspectiva comparada, Estudos de Direito Público, Coimbra 2001.

MONCADA Luís Cabral de, Direito Económico, Coimbra editora, 6ª edição 2012.

MONCADA Luís Cabral de, Introdução. Os princípios gerais de direito Administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance, *in* Estudos em homenagem ao professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Almedina 2010.

MONCADA Luís Cabral de, Lei e Regulamento, Coimbra editora 2002.

MONCADA Luís Cabral de, A relação jurídica administrativa, Coimbra editora 2009.

MORANT Rafael Gómez-Ferrer El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional, Documentación Administrativa nº 208, 1986.

MOREIRA Vital, Administração autónoma e Associações Públicas, Coimbra editora, 2003.

MOREIRA Vital e **MAÇÃS** Fernanda, (organização) Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e projecto de Lei-Quadro, Coimbra editora 2003.

MOREIRA Isabel, A solução dos Direitos Liberdades e garantias e dos Direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa, Almedina 2007.

MUNCH Ingo Von, La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional, Traducción: Jaime Nicolás Muniz, Revista Española de Derecho Constitucional año 2. Núm. 5. Mayo-agosto 1982.

NASCIMENTO Manuel Carlos do, Garantia da tutela jurisdiccional efectiva dos sujeitos jurídicos fiscais, uma análise do Direito Angolano a partir do Direito Português, edição do autor 2014.

NETO Manoel Jorge e Silva, Curso de Direito Constitucional 8ª, editora Saraiva 2014.

NETO Pitra, A Lei de impugnação dos actos adminisdtrativos. Notas e comentários. Procedimento e Contencioso Administrativo, textos e legislação, Ministério da Administração Pública Emprego e segurança Social, 1999.

NETO Diogo de Figueiredo Moreira, Mutações do Direito Administrativo, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEVES Ana, p 33, Legitimidade processual do participante de situação qualificável como infracção disciplinar – Acórdão do STA DE 15.1.1997, Caderno de Justiça Administrativa nº9, Maio/Junho de 1998.

NEVES Ana Fernanda, A relação jurídica de emprego Público, Tratado de Direito Administrativo especial, Volume IV, Almedina 2010.

NEVES Castanheira, Metodologia jurídica problemas fundamentais, Studia iuridica, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora 2013.

NOVAIS Jorge Reis, Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, Coimbra 1987.

NOVAIS Jorge Reis, Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra editora 2004.

NOVAIS Reis, Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos fundamentais, Coimbra editora 2010.

NOVAIS Reis, Direitos fundamentais e a Justiça Constitucional em Estado de direito democrático, Coimbra Editora 2012.

NOVAIS Reis, As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra editora 2003.

OCAÑA Luis Morell, La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio, ante la omisión administrativa de los standards de conducta previstos por la ley, Documentación Administrativa nº 208 1986.

OLIVEIRA Gustavo Henrique Justino de, Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro, Brasília a. 34 n. 135 jul./set. 1997 p 274.

OLIVEIRA Cândido de, Democracia e Administração Pública, Scientia Iuridica – T XLVI 1992 nº 265/267.

OLIVEIRA Cláudio Ladeira de, Activismo Judicial, auto- restrição judicial e o minimalismo de Cass Sunstein 2012.

OLIVEIRA Mário Esteves, **GONÇALVES** Pedro Costa, **AMORIM** João Pacheco, Código de Procedimento Administrativo comentado 2ª edição Almedina 2010.

OLIVEIRA Fernanda Paula e **FIGUEIREDO DIAS**, José Eduardo, Noções fundamentais de Direito Administrativo 3ª edição Almedina 2013.

OLIVEIRA Rafael Carvalho Rezende, Constitucionalização do Direito Administrativo, Lumen Juris editora 2010.

OLIVEIRA Fernanda Paula, A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade Administrativa, Almedina 2011.

OLIVEIRA José Roberto Pimenta, discricionariedade e razoabilidade, Revista electrónica da Faculdade de Direito da PUC-SP 2009.

OLIVEIRA Gustavo Henrique Justino de, Participação Administrativa, Revista electrónica sobre a reforma do Estado, nº 3, Setembro Outubro e Novembro, 2005.

OSÓRIO João, Marcha do Procedimento Administrativo” in Código de Procedimento Administrativo e o cidadão seminário promovido pelo Provedor de Justiça e INA Lisboa 1993.

OTERO Paulo e **GONÇALVES** Pedro, (coordenação) Tratado de Direito Administrativo especial Volume IV Almedina 2010.

OTERO Paulo, Impugnações administrativas, Caderno de Justiça Administrativa, nº 28, Julho/Agosto 2001.

OTERO Paulo, Direito Constitucional Português, Vol I identidade constitucional, Almedina 2010.

OTERO Paulo, Manual de Direito Administrativo Vol I, Almedina, 2013.

OTERO Paulo, Legalidade e administração pública, Coimbra, 2003.

OTERO Paulo, Conceito e fundamento da Hierarquia Administrativa, Coimbra editora 1992.

OTERO Paulo, Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado, Coimbra editora 1998.

OTERO Paulo, O poder de substituição em direito administrativo, II, Lisboa, 1995.

OTERO Paulo, O poder de substituição em direito administrativo, I, Lisboa, 1995.

OTERO Paulo O Direito do Procedimento Administrativo Vol I Almedina 2016.

PACA Cremildo, As Autoridades Administrativas independentes e o Provedor de Justiça no Direito Angolano, edições Maianga 2011.

PACA Cremildo, Poder executivo: Administração Pública, Administração independente e organização territorial, in Constituição da República de Angola, equacionamento dogmático- A nossa visão vol III, Almedina 2015.

PACA Cremildo, Justiça Administrativa Fiscal e Aduaneira, Luanda 2017.

PACA Cremildo, Interpretação do princípio do acesso à justiça do funcionário público demitido: sua (re) compreensão metodológica, Revista Angolana de Direito, ano 2 nº 3 2009, Casa das ideias.

PACA Cremildo, Direito do Contencioso Administrativo Angolano, Almedina 2008.

PASQUINO Gianfranco, Curso de Ciência Política, 2ª edição revista e actualizada, Principia 2010.

PASTOR Juan Alfonso Santamaria, Caducidad del Procedimiento, in Revista de Administración Pública nº 168 2005.

PAULINO Cláudio, Administração Pública Angolana, Perspectiva Histórica do seu desenvolvimento e os desafios da terceira Administração, edição electrónica.

PELEGRINI Alda, Actividade Administrativa face ao sistema constitucional, in Estudos em homenagem ao Professor Jorge Miranda, Coimbra Editora 2012.

PEREIRA Mário Gonçalves, Algumas reflexões sobre o Código de Procedimento Administrativo, O Código de Procedimento Administrativo, Seminário Código de Procedimento Administrativo e o cidadão seminário promovido pela Provedor de Justiça e INA Lisboa 1993.

PEREIRA João Aveiro, A Responsabilidade Civil por actos jurisdicionais, Coimbra Editora 2001.

PEREIRA Pedro Miguel Matias, Os poderes contraente Público, no Código dos Contratos Públicos, Coimbra editora, 2011.

PIETRO Maria Sylvia Zanella Di, Direito Administrativo 27ª edição atlas, 2014.

PIETRO Maria Sylvia Zanella Di Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo Revista do Tribunal de Contas do Estado do Estado do Rio de Janeiro. 2º Semestre de 2013.

PINHO José Cândido de, Breve ensaio sobre a competência hierárquica, Almedina 2000.

PINTO Mário Jorge Lemos, Impugnação de normas e ilegalidade por omissão, no Contencioso Administrativo português, Coimbra Editora, 2008.

Pluralismo e Legitimação (obra colectiva) Almedina 2003

PORTOCARRERO Marta, Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem, Ensaio sobre a disponibilidade do poder Administrativo, Universidade Católica editora, 2015.

PORTOCARRERO Marta, Modelos de simplificação Administrativa, Publicações Universidade Católica, 2002.

PORTOCARRERO Mariana, in Aferição judicial ab extra da legalidade do exercício administrativo discricionário posição de princípio? Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª secção) de 6.12.2006 in Cadernos de Justiça Administrativa nº 66 Dezembro de 2007.

PORTOCARRERO Marta, A Audiência dos interessados e o controlo da fundamentação, notação ao Acórdão do STA 13.4.2000, Caderno de Justiça Administrativa nº41 2003.

PORTOCARRERO Marta, A audiência dos interessados e o conteúdo da fundamentação, comentário ao Acórdão do STA de 13.4.2000, Caderno de justiça Administrativa nº 41 Setembro/Outubro 2003.

PORTO José Tomás, Reflexões sobre a nulidade do acto administrativo no Código do Procedimento Administrativo, Código do Procedimento Administrativo e o Cidadão, Lisboa 1992.

PRATES Marcelo Madureira, Sanção Administrativa geral: Anatomia e a autonomia, Almedina 2005.

QUADROS Fausto de, A Nova dimensão do Direito Administrativo, o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária, Almedina 2001.

QUADRO Fausto (coordenação) Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, 2ª edição, Almedina 2004.

QUEIROZ Cristina, Interpretação Constitucional e interpretação judicial Coimbra Editora 2008.

QUEIROZ Cristina, Direitos fundamentais, teoria geral, 2ª edição, Coimbra editora 2010.

QUEIROZ Cristina, Direitos fundamentais, teoria geral Coimbra editora 2002.

QUEIROZ Cristina, Direitos fundamentais sociais, funções âmbito conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade, Coimbra editora 2006.

RAIMUNDO Miguel Assis, Formação dos Contratos Públicos, uma concorrência ajustada ao Interesse Público, aafdl 2013.

RAMOS João Palma, Estado de Direito como Estado constitucional: O Neoconstitucionalismo, Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo, Almedina 2011.

Responsabilidade civil extra-contratual do Estado, trabalhos preparatórios, Ministério da Justiça. Coimbra editora 2002.

RIBAS Carolline Leal e **CASTRO** Gustavo Almeida de, O controle judicial dos actos administrativos discricionários, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 268,, jan./abr. 2015.

RIBEIRO Maria Teresa de Melo, O Princípio da imparcialidade da Administração Pública, Almedina 1996.

RIVERO Jean, Direito Administrativo Almedina, 1981.

ROCHA Cármen Lúcia, Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey 2012.

ROCHA Joaquim Freitas da, Constituição, Ordenamento e conflitos normativos, Coimbra Editora 2008.

ROCHA Joaquim Freitas da, Lições de Procedimento e Processo Tributário, 4ª edição Coimbra editora, 2011.

RODRÍGUEZ Tomás Ramón, Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatórios, JRAP nº 53.

ROQUE Miguel Prata, A dimensão transnacional do Direito Administrativo aafdl 2014.

ROQUE Miguel Prata, Acto nulo ou anulável? – A jus-fundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação – Ac do Tribunal Constitucional nº 594/ de 10.12.2008, Caderno de Justiça Administrativa nº 78 Novembro/Dezembro 2009.

ROQUE Miguel Prata, Direito Processual Administrativo Europeu, Coimbra editora, 2011.

SALDANHA Ricardo Azevedo, Introdução ao Procedimento Administrativo comum, Coimbra editora 2013.

SANCHEZ Pedro Fernández, A prova no CPA, Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo vol II, 3ª edição 2016.

SANTAMARÍA Juan Alfonso Pastor, Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada, Documentación Administrativa, nº 208 1986.

SANTIN Janaína Rigo, o Princípio da participação na Administração Pública portuguesa *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, edição especial Luanda 2015 p 414-469.

SANTOS Gerson dos, Mérito administrativo e controle judicial da aplicação de conceitos indeterminados no direito brasileiro”. Artigo inédito, 2004.

SANTOS Fábio Gomes dos, Participação na administração como direito fundamental, RDDA, v. 1, n.2, 2014.

SAPILINHA Alfredo Longo, O silêncio da Administração Pública, vs dever de decisão e de informação e as funções do deferimento tácito no Direito Administrativo Angolano, dissertação de Mestrado, realizada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016.

SARMENTO Daniel, A ponderação de interesse na Constituição federal 1ª edição 3ª tiragem Lumen Juris Rio de Janeiro 2003.

SCHIMTD Eberhard, Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional.

SHUMACHER Sérgio Augustin Maria de Fátima e **ALMEIDA** Wolkmer Angela, Direito ao Procedimento e/ou Direito ao Processo para a Defesa do Meio Ambiente Sequência, n. 63, p. 271-289, dez. 2011.

SILVA Vasco Pereira da, em busca do Acto Administrativo perdido Almedina 2003

SILVA Vasco Pereira da, A cultura a que tenho Direito, Direitos fundamentais e cultura. Almedina 2007.

SILVA Vasco Pereira da, O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise, 2ª edição Almedina 2009.

SILVA Vasco Pereira da, Ventos de mudança no contencioso administrativo, Almedina 2005.

SILVA Vasco Pereira da contra o recurso hierárquico necessário. Novas e velhas andanças do Contencioso Administrativo estudos sobre a reforma do Contencioso Administrativo aafdl 2005.

SILVA Vasco Pereira da, de necessário a útil: a metamorfose do recurso hierárquico no novo contencioso administrativo, Caderno de Justiça Administrativa nº 47, Setembro/Outubro 2004.

SILVA Vasco Pereira da, Para um Contencioso Administrativo dos particulares, Esboço de uma teoria subjectiva do recurso directo de anulação, Almedina Coimbra 1997.

SILVA Plácido e : Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro; 28 Ed. Forense; 2009.

SILVA Suzana Tavares da, Direito Administrativo Europeu, Coimbra 2010.

SILVA Suzana Tavares da, Direitos Fundamentais na arena global, Coimbra 2011.

SILVA Jorge Pereira da, Deveres do Estado de protecção dos direitos fundamentais, Universidade Católica Editora 2015.

SILVEIRA João Tiago da, O Deferimento Tácito (Esboço do Regime Jurídico do Acto Tácito Positivo na Sequência de Pedido do Particular) – À Luz da Recente Reforma do Contencioso Administrativo, Coimbra, 2004.

SOARES Rogério, Interesse Público legalidade e mérito, Coimbra 1955.

SOARES Rogério, Princípio da legalidade e administração constitutiva, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol LVII 1981.

SOARES Rogério, A propósito dum projecto legislativo: o chamado Código de Procedimento Administrativo gracioso, in RLJ, ano 115, 1982 nº 3695.

SOARES Rogério, Direito Administrativo, Coimbra 1978.

SOARES Rogério, Codificação do procedimento administrativo hoje, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica portuguesa, vol VI 1992.

SOARES Maria Lúcia Carvalho, Direito à Audiência, Direito de informação. Notificação, Código de Procedimento Administrativo e o cidadão, Lisboa 1992.

SOUSA Marcelo Rebelo de e **MATOS** André Salgado de, Direito administrativo geral, Tomo III, 3.ª ed., Lisboa, 2008.

SOUSA Marcelo Rebelo de e **MATOS** André Salgado de, Direito administrativo geral, Tomo I, 3.ª ed., Lisboa, 2008.

SOUSA Marcelo Rebelo de, Lições de Direito Administrativo Vol I, Lex 1999.

SOUSA Marcelo Rebelo de, Regime do acto administrativo, in Novo Código do Procedimento Administrativo, Seminário, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa vol VI 1992.

SOUSA Nuno J. Vasconcelos Alburquerque, Noções de Direito Administrativo, Coimbra editora 2011 p 289.

SOUSA Miguel Texeira de, Introdução ao Direito, Almedina 2012.

SOUSA António Francisco de, Manual de Direito Administrativo Angolano, vida económica 2014.

SOUSA António de, O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose, in Reforma do Contencioso Administrativo, o Debate Universitário, Edição do Ministério da Justiça, vol I, Lisboa 2000.

SOUSA António Francisco de, Administração Pública e Direito Administrativo, novos paradigmas, Vida Económica, 2016.

SOUSA António Franciso de, Conceitos indeterminados no Direito Administrativo, Almedina 1994.

SOUSA António Francisco de, Direito de reunião e de manifestação, Quid júris 2009.

SOUSA António Francisco de, Código do Procedimento Administrativo anotado e comentado, Quid júris 2010.

SUNDEFELD Carlos Ari, *A importância do procedimento administrativo*. Revista de Direito Público. São Paulo.

TAVARES José, Administração Pública e Direito Administrativo, para o seu estudo e compreensão, Almedina Coimbra 1992.

TEIXEIRA Carlos, Direito Administrativo, in Direito de Angola, Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda 2014.

TEIXEIRA Carlos Manual de Direito Administrativo, Mayamba 2015.

URBANO Maria Benedita, Criação judicial e activismo judicial: as duas faces de uma mesma função? Tribunal Constitucional 35º aniversário da Constituição de 1975, Coimbra editora 2012.

VEIGA Alexandre Brandão da, Acesso à informação da Administração Pública pelos particulares, Almedina 2007.

VICENTE Lécia, A ponderação na adjudicação judicial: Estado de Direito, in Teoria da Argumentação e Neo – Constitucionalismo, um conjunto de perspectivas, Almedina 2011.

VIEIRA Gabriel António de Abreu, Os Princípio da legalidade, juridicidade e supremacia e supremacia do interesse público, parâmetros de controle administrativo e jurisdicional. Um exemplo concreto na decisão da ADPF Nº 101/DF,p 2167.

WEIL, Prosper, O Direito Administrativo, versão portuguesa traduzida por Maria Glória e Ferreira Pinto, Almedina 1977.

WOLF Hans J., **BACHOF** Otto e **STOBER** Rolf, Dirieito Administrativo, Fundação Calouste Glubenkian 2006.

WURTENBERGER Thomas, Aceptación a través del procedimiento administrativo, Documentación Administrativa / n.º 235-236 (julio-diciembre 1993).

ZIPPELIUS Reinhold, Filosofia do Drieito, Quid Juris sociedade editora, 2010.

